
Menos es más. El imperativo de fundamentación racional en el Código Civil y Comercial de la Nación

Ivana Piccardo*

Resumen

El artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación innova alrededor del *principio de inevitabilidad*, adicionando un imperativo antes inexistente vinculado con el modo en que debe cumplirse la obligación de resolver que pesa sobre los jueces: adoptar decisiones *razonablemente fundadas*. Esto impone reflexionar acerca del contenido del *principio de justificación*, y en esta línea el trabajo invita a preguntarnos ¿En qué grado puede afirmarse que una decisión judicial está constitucionalmente “bien” adoptada? ¿Qué criterios permiten juzgar una decisión como “razonablemente fundada”? Enlazando ambos desafíos, se indaga asimismo acerca de los *criterios de corrección* para controlar aquellas condiciones en cada decisión judicial. El objetivo central es aproximar respuestas a estos problemas, advirtiendo la insuficiencia del análisis estándar de la doctrina y la necesidad de involucrar elementos claves de la argumentación jurídica en la práctica judicial.

Palabras Clave: Artículo 3 del CCyC – Decisiones judiciales – Fundamentación racional – Argumentación jurídica.

* Profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Investigadora en la Universidad Católica de Córdoba (UCC) ivanapiccardo@hotmail.com.

I. Del principio de inevitabilidad al principio de justificación racional

El artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC o nuevo Código) incorporó a nuestro sistema jurídico una norma clave para nuestras prácticas y el modo de concebir el Estado Constitucional de Derecho.

Ha recibido a su turno diversos comentarios y notas, sin embargo, creo que merece una nueva visita, a la luz de algunos elementos sustantivos no suficientemente explorados.

Del texto del artículo 3 del CCyC emerge un imperativo antes inexistente -desde el punto de vista del derecho positivo- al disponer que “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.¹

La norma está inserta en el Capítulo Uno del Título Preliminar del CCyC que, bajo el término “Derecho”, dedica un par de artículos a la delicada y central cuestión de las fuentes del derecho² y sus dos coordenadas más relevantes en la teoría y la práctica; la aplicación y la interpretación de la Ley.³

El mencionado artículo 3 se sitúa así en lo que podríamos denominar el núcleo sistémico del nuevo ordenamiento del derecho privado argentino. Repasemos brevemente. El artículo 1 del CCyC establece que:

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.

La primera parte de este artículo pone en eje constitucional al derecho privado, al explicitar lo que nuestra historia institucional, nuestra propia Constitución

¹ Artículo 3 del CCyC.

² Cabe advertir que el delicado problema de la identificación y unidad de los sistemas jurídicos incide en forma determinante en el sistema de fuentes y en las condiciones y nivel de legitimidad de cada una de ellas y viceversa, las fuentes del derecho en acción inciden en la identificación y unidad de los sistemas jurídicos.

³ Inicializo con mayúscula para indicar dicho término *lato sensu*. Sobre el concepto *formal* y *material* de ley, su origen, su explicación teórica y un análisis de dicha clasificación a la luz del sistema jurídico occidental contemporáneo, véase De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 7.º reimpresión, Barcelona, 1999. Sobre el Título Preliminar recordemos la idea expresada por Lorenzetti al afirmar 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” (cfr. Lorenzetti, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en LL 2012-C, pp. 581.)

Nacional y la máxima instancia judicial de nuestro país tienen por regla y pilar central desde sus primeros trazos: el *principio de supremacía constitucional* y la singular redimensión que experimentó este principio a partir de la última reforma constitucional con el llamado “bloque con constitucionalidad y convencionalidad”.⁴

El artículo 2 del CCyC pone el foco en una de las coordenadas que circundan las fuentes del derecho, la interpretación, disponiendo que: “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”. No es, por cierto, la única norma que contiene reglas y pautas de corrección relacionadas con la interpretación jurídica,⁵ ni siquiera la única en este primer núcleo del Título Preliminar. En efecto, la segunda parte del artículo 1 del CCyC, leído en consonancia con el artículo 2, refuerza el criterio teleológico al disponer que, en la tarea de aplicación de la ley, “...se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”⁶

Los artículos 1 y 2 se inscriben en el tan mentado “diálogo de fuentes”, y en esta línea tributarios del principio de progresividad de los derechos y de coherencia del sistema jurídico. Estos primeros trazos del nuevo Código marcan así el cauce por el que deben transitar los operadores jurídicos al aplicar las normas del derecho privado al tiempo que determinan su pertenencia (en clave de temporalidad)⁷ al núcleo duro de nuestro sistema jurídico: la Constitución Nacional.

A su turno, y con motivo de la última reforma constitucional del año 1994, la propia Constitución Nacional adquirió una nueva dimensión al internalizar y jerarquizar la fecunda senda que, desde hace más de medio siglo, viene sembrando de nobles principios y reglas el derecho internacional de los derechos humanos.⁸ Este es entonces el norte de la función hermenéutica de los artículos del Capítulo Uno del Título Preliminar del CCyC, normas que constituyen la nueva matriz del derecho privado.⁹

⁴ En los fundamentos del Anteproyecto del CCyC se pone especial énfasis en la necesidad de plasmar en normas la constitucionalización del derecho privado .

⁵ Pensemos en los principios de buena fe, de interdicción del abuso del derecho, del fraude a la ley y de la irrenunciabilidad anticipada y general de los derechos, consagradas en los artículos 8 a 13 del CCyC. En un sentido amplio, como conectores entre los actos de las personas en el diseño voluntario de sus vínculos sociales, familiares, comerciales, etc... y la decisión del juez, estos principios actúan como pautas de interpretación.

⁶ Cfr. artículo 1 del CCyC.

⁷ En el sentido de conciencia del presente que permite enlazar con el pasado y el futuro.

⁸ Cfr. artículo 75 inciso 22 de la CN.

⁹ No comparto la manida referencia al nuevo Código, en especial en relación al sentido del núcleo de normas del Capítulo Uno del Título Preliminar, como el resultado de la “constitucionalización del derecho privado”. Si aceptamos esta referencia bajo la premisa de que esto constituye una novedad, de esto se sigue entonces que las normas del Código anterior no habían sido concebidas en consonancia con la Constitución Nacional, y si bien la (in)constitucionalidad de las normas

En su versión originaria, el Código Civil¹⁰ contenía una obligación potente en cabeza de los jueces disponiendo que éstos “...no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.”¹¹ una pauta de corrección interna que se mantuvo inalterable en el tiempo, sobreviviendo a las diferentes reformas hasta la última, de la que se cumple este año un lustro de vigencia.

El antiguo artículo 15 del CC receptaba así un mandato fuerte impuesto a los jueces –aunque a través de conceptos indeterminados¹²– disponiendo el deber de administrar justicia “...bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la constitución...” tal como surge del artículo 112 de la Constitución Nacional.

El sentido de esa norma constitucional podía entenderse claramente como la cristalización de uno de los deberes básicos de juez, el deber de resolver los conflictos, fijando y consolidando de ese modo situaciones y estatus conforme las reglas y principios de la Constitución Nacional.¹³

Esta obligación diseñada en el Código de Vélez Sarsfield ponía énfasis y medida en la práctica paradigmática de los jueces, advirtiendo que ninguna excusa sería admitida a la hora de garantizar que los jueces hicieran aquello a lo que estaban destinados, y por lo que se libraron revoluciones y se fraguó una compleja y fecunda relación entre el Estado de Derecho y sistema republicano: los jueces deben aplicar la Ley, y al hacerlo, clausurar discusiones y cooperar en la paz social y en la coherencia y estabilidad del sistema jurídico. Vaya tarea, magnánima y pretenciosa.

La primera parte del artículo 3 refleja así el rol sistémico del poder judicial. Los jueces *deben* aplicar la Ley, y este imperativo da sentido a su existencia en (y perfila su pertenencia a) la tríada de poder del Estado, el deber de garantizar los derechos humanos atrincherándolos frente a cualquier intento absolutista. A veces, incluso, los jueces actuando con su máximo potencial se constituyen en piezas claves para

inferiores a la CN –por caso el propio Código Civil– se resuelve en casos concretos, lo cierto es que en nuestro esquema institucional, el Código Civil y el resto de los Códigos y leyes, no son sino productos del poder constituido (concretamente del Poder Legislativo), y como tales creados al amparo y con los márgenes y competencias de la Constitución Nacional (producto del poder constituyente). De allí que hablar de constitucionalización del derecho privado me resulta cuanto menos inconsistente desde el punto de vista sistémico.

¹⁰ La Ley N° 340 del año 1869 aprobó el primer texto que conocemos como el Código de Vélez Sarsfield y estableció su estatus normativo en los siguientes términos “*El Código Civil redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sársfield se observará como ley en la República Argentina desde el 1° de enero de 1871*” (cfr. artículo 1 del CC).

¹¹ Cfr. artículo 15 del CC.

¹² Característico (aunque no excluyente) de los enunciados normativos de los textos constitucionales en general.

¹³ Cabe recordar aquí los tres deberes básicos del juez: i) el *deber de fallar*; ii) el *deber de aplicar la Ley*; y (iii) el *deber de motivar* las sentencias. Estos deberes tienen un alto poder explicativo sobre las decisiones judiciales en el contexto mayor de las decisiones jurídicas de un Estado y del rol de la argumentación jurídica.

la restauración del sistema jurídico cuando el autoritarismo -en cualquiera de sus formas- subvierte el orden constitucional.¹⁴ Otras veces, sin embargo, colaboran convalidando las interrupciones ilegales e ilegítimas.¹⁵ Nuestra historia institucional es rica en ejemplos de ambos temperamentos.

Lo que podría leerse como una norma innecesaria (“El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción. . .”) incluso desde el título elegido para encabezar el texto del artículo “Deber de resolver”, adquiere *prima facie* relevancia si asumimos el artículo completo. Así, el resuelto énfasis de Vélez Sarsfield en el *principio de inevitabilidad* despejando toda duda incluso en casos difíciles (“...no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.”) es reforzado en el nuevo Código por el modo en que ese imperativo debe cumplirse. No es la obligación en sí de los jueces lo que el CCyC está poniendo en la mira, sino la cuestión acerca de *cómo* esa obligación debe llevarse a cabo: “...mediante una decisión razonablemente fundada”.¹⁶ Norma de pocas palabras y potente sentido.

Se funden así en este nuevo artículo 3, asumiéndolo como parte de un núcleo compuesto por los antes citados artículos 1 y 2, los deberes centrales del juez que reconducen a los tres principios que condensan su rol en el sistema republicano; (i) el *principio de inevitabilidad* que antes mencionaba (*deber* de resolver, de dictar sentencia), ii) el *principio de legalidad* (*deber* de aplicar la Ley); y (iii) el *principio*

¹⁴ Un elocuente ejemplo de ello lo constituye el histórico “Juicio a las Juntas” realizado a instancias del diseño de transición democrática impulsado por ex presidente Raúl R. Alfonsín. La opción por el modelo de justicia retroactiva limitada frente a las violaciones masivas de derechos humanos fue concebida para cumplir con la promesa de memoria, verdad y justicia bajo el entendimiento que con ello se favorecería la consolidación de los valores democráticos. Esta posición es compatible con (y tributaria de) la idea de perseguir y castigar tales crímenes como parte de una estrategia más general: la reconstrucción democrática y su consolidación en el tiempo, conjugando elementos de la concepción retributiva de la pena con los aspectos valiosos de las teorías prevencionistas. Esta posición fue sostenida y justificada por Nino y otros filósofos convocados por Alfonsín (Cfr. Nino, Carlos S., *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, 1° ed, trad. de Martín Böhmer, Emecé editores, Buenos Aires, 1997, pp. 104-111). Para un análisis sobre este punto puede verse Piccardo, Ivana, “La Corte Suprema argentina y la transición democrática: un estudio genealógico de su argumentación”, en *Argentina: la lucha judicial por la democracia y los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch (colección “Constitucionalismo Latinoamericano”), México, 2017, pp. 57-120.

¹⁵ Recordemos las Acordadas N° 30 y N° 43 de la CSJN. Sobre esta problemática puede verse el interesante estudio de María Angélica Gelli y Susana Cayuso, “Ruptura de la Legitimidad Constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de justicia de la Nación de 1930 (Cuadernos de Investigaciones 1)”, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A., Buenos Aires, 1988, y la preclara advertencia de Nino cuando afirma que “El reconocimiento judicial de la legitimidad de los golpes de Estado y de la capacidad de los regímenes de facto para sancionar leyes es tal vez el más claro ejemplo de anomia institucional” (Nino, Carlos S., op.cit. en nota 12, pp. 87) .

¹⁶ Segunda parte de la proposición normativa contenida en el artículo 3 del CCyC.

de justificación (deber de motivar las sentencias) Pero, ¿Es sólo la idea de que los jueces deben fundar sus sentencias lo que justifica en definitiva este nuevo artículo 3? ¿O acaso la norma pretende capturar algo más?

Al reparar en el análisis que diferentes trabajos doctrinarios han aportado sobre el artículo 3 del CCyC, puede advertirse que en general las consideraciones sobre el valor de esta nueva norma discurren sobre (i) cuestiones semánticas, (ii) factores estructurales y sistémicos, y (iii) el vínculo entre los principios y valores y la motivación judicial. Algunos trabajos profundizan en la línea que me interesa destacar, el valor de la argumentación jurídica en la práctica judicial, pero –a mi juicio– dan por resueltas cuestiones que encierran en sí algunos elementos conceptuales problemáticos que requieren atención.

Así, por un lado, en relación a (i) se resalta el imperativo de la razonabilidad por oposición a la arbitrariedad pero en clave de semántica léxica y no de semántica composicional, enalteciendo el valor del término “razonable” por constituir el antónimo de “arbitrario”, y la consiguiente carga valorativa favorable del primero en relación al segundo. Esta configuración de sentido no se ocupa de indagar en el campo axiológico que demanda el concepto de razonabilidad. Claramente estamos ante un concepto indeterminado, y en el marco de actuación de los jueces, ante un concepto *jurídico* indeterminado,¹⁷ pero ya teníamos suficiente con la vaguedad del término utilizado por el constituyente originario cuando dispuso que los jueces deben impartir justicia “bien”, como establece el ya citado artículo 112 de la Constitución Nacional, como para no reparar en que el nuevo Código, al adicionar al imperativo de fundamentación de las sentencias la idea de razonabilidad, incorpora un auténtico deber sustantivo antes inexistente.

En segundo lugar (ii) se ha resaltado la importancia de la proposición bajo análisis, a partir de la apelación a la motivación de la sentencia como una garantía estructural de la jurisdicción en el sistema democrático, vinculada a la independencia del juez y del proceso, al principio de defensa en juicio y el interés de la comunidad,¹⁸ para enlazar este nuevo imperativo a la necesidad de asegurar la coherencia que indica el Capítulo Uno del Título Preliminar, y sostener en consecuencia que el nuevo deber de fundar razonablemente las sentencias se vincula con las fuentes del derecho y las pautas interpretativas que se receptan en los artículos 1 y 2 del CCyC.

Así, por ejemplo Porrás sostiene que las pautas interpretativas “...incluyen modalidades, ahora, explícitas como la ‘finalidad’ del texto de la ley, ‘los tratados

¹⁷ Cfr. Caramelo, Herrera y Picasso (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo I, Título Preliminar y Libro Primero (artículos 1 a 400), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1° edición, Buenos Aires, 2015, pp. 17.

¹⁸ Cfr. Guzmán, Leandro, *Derecho a una sentencia motivada*, 1° reimpr., Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 11 y ss.

sobre derechos humanos', 'los valores jurídicos' y el 'modo coherente con todo el ordenamiento'. Todo este reservorio constituye diques de contención para que el fallo judicial sea una decisión razonablemente fundada".¹⁹

Si esto es así, si la razonabilidad constituye una variable que se hace presente o no conforme la (in)existencia de consistencia de la decisión judicial con las pautas de interpretación establecidas por el propio Código para su posterior aplicación, ¿No estaríamos ante una nueva norma innecesaria?

En tercer lugar (iii) podemos ubicar algunas reflexiones que han resaltado la relación entre lo razonable y lo justo, quizás retomando aquella luminosa obra de Juan Francisco Linares que distinguía las dimensiones en que navega la razonabilidad (la técnica, la axiología jurídica y la ciencia del derecho) advirtiendo que:

... por razonabilidad en sentido estricto sólo se entiende el fundamento de verdad o justicia. Así un acto puede tener fundamento de existencia, en cuanto se dictó y por el hecho de estar vigente, fundamento de esencia en cuanto se apoya en normas jurídicas y fundamentos de razonabilidad en cuanto es justo. O puede tener fundamentos de existencia y esencia pero carecer del fundamento de razonabilidad [...] o justicia. En sentido estricto, pues, razonabilidad equivale a justicia y constituye uno solo de los factores de razón suficiente del derecho...²⁰

Siguiendo a Cossio, para Linares el valor justicia actúa como criterio o medida para correlacionar el juego equilibrado de otros valores, como orden, seguridad, poder, paz, cooperación y solidaridad, y decidir así los conflictos que pueden generarse entre ellos.²¹

En esta línea pueden citarse los aportes que sobre el artículo 3 del CCyC han realizado Andruet²² y Negri²³ entre otros autores.

Las razones detrás de la proposición normativa del artículo 3 del CCyC no se agotan, a mi juicio, en las loables pretensiones de asegurar la consistencia entre la labor del juez, las fuentes del Derecho y los criterios de interpretación. Tampoco se inscribe dentro del propósito de poner "...especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales

¹⁹ Cfr. Porrás, Alfredo Rafael, "Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad", en *LLGran Cuyo* 2014 (diciembre), pp. 1178.

²⁰ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Astrea, 2º ed. actualizada, Buenos Aires, 1970, pp. 108-109.

²¹ Cfr. Linares, op.cit., pp. 110.

²² Andruet (h), Armando S., "La decisión razonablemente fundada del art. 3º del Código Civil y Comercial", en *LL -RCCyC* 2016 (agosto), 17/08/2016, 63, Buenos Aires, 2016.

²³ Negri, Nicolás J., "El nuevo Código y los valores jurídicos. Argumentación y ponderación", en *LL* 21/01/2016, 1, Buenos Aires, 2016.

y de las personas que no lo son...”²⁴ como ha sucedido con otras cláusulas.

En este contexto considero relevante explorar sobre la nueva disposición incorporada al CCyC intentando advertir que ciertos sobreentendidos no colaboran con la función práctica que el imperativo de razonabilidad puede cumplir genuinamente en la fundamentación de las sentencias.

II. Las razones que justifican una norma de justificación

El lugar que ocupan las decisiones judiciales es determinante en sistemas como el nuestro regido desde sus orígenes por el modelo de control judicial de constitucionalidad.²⁵

En esta línea, el carácter autoritativo de las decisiones de los jueces, y en el caso de la máxima instancia judicial, el carácter último y final de su interpretación y control,²⁶ condiciona y determina de manera concluyente el modo en que entendemos y concebimos los conflictos, el juego de las relaciones jurídicas y el alcance de las decisiones autónomas de los individuos.²⁷

Las decisiones judiciales son concebidas a partir de una singularidad respecto de los productos y decisiones de los otros poderes del Estado, toda vez que su

²⁴ Cfr. Prólogo de Kemelmajer de Carlucci, op.cit. nota 17.

²⁵ Siguiendo, con matices, el modelo normativo y la praxis norteamericana.

²⁶ Sobre el carácter de intérprete final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, parte de la doctrina nacional advierte que con la reforma de 1994 y la constitucionalización de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 75 inciso 22 de la CN) se ha modificado parcialmente esta posición jerárquica asignada a la Corte, por el rango constitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas sentencias tienen el efecto de “definitivas e inapelables” (cfr. artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En este sentido, puede ocurrir que una decisión de la Corte Interamericana deje sin efecto total o parcialmente una sentencia de la Corte Suprema; de esta manera, en materias propias del pacto, la Corte dejaría de ser estrictamente “última instancia”. Por un lado, en línea con la postura clásica, parte de la doctrina persiste en la tesis de la supremacía de la CN y de las decisiones de sus órganos frente al derecho internacional de los derechos humanos. Sobre esta discusión puede verse Manili, Pablo, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, La Ley, Serie de Libros Universitarios, Buenos Aires, 2003 y Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, 2.º ed. actualizada, Buenos Aires, 2003, entre otros.

²⁷ Es la propia Constitución Nacional la que pone en cabeza del Poder Judicial la función jurisdiccional con carácter exclusivo (y excluyente) al establecer que “*el poder judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso establezca en el territorio de la Nación*” (art. 108 CN), con competencia para el “*conocimiento y decisión en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación*” (art. 116 CN). Esta competencia está expresamente prohibida al Poder Ejecutivo al disponer enfáticamente que “*en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas*” (art. 109 CN).

validez, legalidad y legitimidad se encuentran condicionadas por el imperativo de *fundamentación*.

Como sabemos, la obligación de los jueces de fundar sus decisiones reconoce su origen en el ideal republicano de división de poderes, más precisamente en la pretensión político-institucional de separación categórica entre el poder de *creación* y el poder de *aplicación* del derecho; y en general dicho carácter obligatorio no se ha discutido desde su formulación clásica hasta la actualidad.²⁸

Aarnio lo advierte de modo simple y claro al expresar que “la responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones”.²⁹

El consenso generalizado sobre este imperativo de fundamentación en cabeza de los jueces no es acompañado, sin embargo, por un similar acuerdo acerca de cuándo estamos en presencia de una decisión judicial *fundada*.³⁰

El rol de los jueces como guardianes de las garantías fundamentales del sistema, requiere prestar especial atención a la cada vez más acentuada praxis de *justiciabilidad* de los derechos, y esto impone poner el foco en el razonamiento judicial, en las formas y en los modos en que el poder judicial cumple su función frente al núcleo duro garantista que emerge de la propia Constitución Nacional, por las propias dificultades epistemológicas y lógicas que circundan la noción misma de derechos y en particular de derechos humanos³¹ y por el nuevo “diálogo

²⁸ La principal razón de la persistencia de esta obligación radica en la ausencia de legitimidad democrática directa de los jueces en particular en los arreglos institucionales más extendidos -como el nuestro- que adoptan el origen no popular de la magistratura. Esto exige que los jueces justifiquen normativamente las decisiones que adoptan, y no actúen arbitrariamente.

²⁹ Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 29.

³⁰ Entre otros factores hay dos que inciden en la complejidad de la cuestión. Un problema semántico contribuye de modo decisivo. Así, tanto el término decisión cuanto el término justificación padecen de la ambigüedad proceso-producto. La expresión “decisión” comprende el *acto* (un único acto o un proceso constituido por varios actos) que tiene por fin resolver un conflicto jurídico determinado, aludiendo así al “acto de decidir”, asimismo “decisión” indica el *resultado* de aquel acto (o proceso de actos), esto es, la resolución propiamente dicha del conflicto, entiendo por “decisión” el contenido o lo que podemos denominar la decisión-resultado. Algo similar sucede con el término “justificación”, debiendo distinguir la justificación como proceso de la justificación en tanto producto, esto es, como conjunto de enunciados resultantes del acto de justificar. Así entonces, la distinción de sentidos del término “decisión” incide en el proceso de análisis (corrección) del término “justificación” y viceversa (véase Caracciolo, Ricardo, *El derecho desde la filosofía. Ensayos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 37-42). Y aún podríamos adicionar otro problema que complejiza este escenario, toda vez que existen dos planos de justificación, según que la misma recaiga sobre la conclusión de un razonamiento (justificación interna) o sobre las premisas en que aquel se asienta (justificación externa) (cfr. Moreso, José Juan, Navarro, Pablo E. y Redondo, Cristina, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11, 1992, 247-262).

³¹ Cfr. Mazzaresse, Tecla, “Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 2003, pp. 388

de fuentes” que se propone a partir del CCyC.³² Sobre el “diálogo de fuentes” volveré más adelante.

La posición *fuerte* de los jueces no supone renunciar a una concepción crítica sobre lo que los jueces *deben* hacer para que la función de administrar justicia sea debidamente ejercida.

Si aceptamos como ideal la máxima expansión y goce de la mayor cantidad de derechos para todas las personas en condiciones de igualdad real de oportunidades de realización, este compromiso puede constituir un buen punto de partida para la construcción de una concepción seriamente comprometida con los derechos fundamentales, el sistema democrático de gobierno y la matriz republicana del poder.

A partir de este punto de anclaje es posible que podamos hablar sin prejuicios de *razones* y de *buenas razones* para justificar las decisiones que afectan el ambiente y la vida cotidiana de las personas, y ser polea de transmisión para un ámbito propicio del accionar de la *argumentación jurídica*, al margen –en la mayor medida posible– de la disputa entre las diversas formas de concebir el fenómeno jurídico e incluso de las diferentes formas de entender el Estado Constitucional de Derecho.³³

48 Siguiendo esta línea sería posible hacer emerger a la superficie del discurso judicial a la argumentación, no como una práctica más, sino como un ejercicio *necesario* en el razonamiento de los jueces. Más aún, tendríamos una buena plataforma para asignar a la argumentación un rol de legitimación determinante y última en la instancia de justificación de las decisiones judiciales.

Aún comprometidos con este ideal y entendiendo que la argumentación jurídica viene ocupando un lugar relevante en el razonamiento práctico tanto en el modelo que propugna la ponderación (a partir -entre otros elementos- de la distinción entre reglas y principios) cuanto en el modelo subsuntivo, esto no resulta suficiente para limar las diferencias entre dos visiones que dominan la escena en torno a la justificación de las decisiones judiciales.

Por un lado, el constitucionalismo garantista, que cuenta entre sus exponentes sobresalientes a Ferrajoli, tracciona desde la tradicional idea de que el poder judicial se encuentra limitado por la ley y la constitución, conforme al clásico principio de la separación de los poderes y a la naturaleza de la jurisdicción, entendiéndola más legítima y no discrecional cuanto más cognoscitiva y racional. La base de sustentación

³² Al concluir el comentario sobre el artículo 2, Gustavo Caramelo y Marisa Herrera afirman que “En definitiva, desde una perspectiva sistémica, el CCyC entiende la importancia de concretar una relectura más contemporánea, realista y humanista del derecho privado, la existencia de un verdadero “diálogo de fuentes, una postura que también impacta de manera clara en la interpretación y aplicación de las leyes” (Cfr. op.cit. nota 17, pp. 16)

³³ Sobre este punto puede verse Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011.

de esta tesis descansa sobre una concepción pasiva del rol de los jueces.³⁴

Por otro lado, el constitucionalismo principialista o argumentativo (sostenido entre otros autores por Atienza) que pretende un despegue pacífico del positivismo (en sus diversas versiones) para aterrizar hacia una concepción del derecho entendido como una realidad dinámica que consiste no solo en normas o enunciados, sino también en prácticas que incluyen procedimientos, valores, acciones y agentes y en el que la jurisdicción no es vista en términos puramente legalistas, sino interpelada por principios constitucionales, integrando así las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política.³⁵

No obstante no ser suficiente, la argumentación puede constituir el denominador común para explorar adecuadamente la porción de la decisión judicial que solo encuentra genuina legitimación a partir de su justificación racional.

Veamos qué camino teórico podemos recorrer para justificar esta afirmación.

1. La función correctiva de la argumentación en el proceso de justificación de las sentencias

En la teoría se apela a menudo a la exigencia de congruencia en la actuación judicial como pauta de corrección de la fundamentación de las sentencias.

El término *congruencia* aparece asociado al término *coherencia*, y este es, por sí mismo, un concepto complejo.

En primer lugar, el término “coherencia” constituye un *concepto relacional*,³⁶ en tanto alude a “conexión, relación o unión de unas cosas con otras”,³⁷ y se refiere a una “actitud lógica y consecuente con una posición anterior”.³⁸

Predicar de algo su “coherencia” supone determinar algún punto de comparación con algo con lo que en principio aquello guarda relación, en algún grado al menos. Y en esta línea en el contexto de las decisiones judiciales el concepto interroga necesariamente

49

³⁴ Cfr. Ferrajoli, op.cit. p.19-23

³⁵ Para un análisis más exhaustivo de la posición de Atienza puede verse Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

³⁶ Resulta útil para su comprensión el ejemplo de Bobbio en relación a la igualdad como concepto relacional cuando afirma, “... mientras ‘X es libre’ es una proposición dotada de sentido, ‘X es igual’ es una proposición sin sentido, antes bien remite, para adquirir sentido, a la respuesta a la pregunta ‘¿Igual a quién?’”, en estos casos el tipo de relación entre los entes que forman parte de cierta categoría es determinante para dotar de sentido a ciertos términos (Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Pensamiento Contemporáneo 24, Paidós, 1993).

³⁷ En el lenguaje filosófico, la coherencia se refiere a una serie de pensamientos que se encadenan lógicamente, o de una obra del espíritu (discurso, proyecto, etc.) racionalmente ordenado, y admite como sinónimos a los términos *compatible* y *consistente* (Cfr. Foulquie, Paul, *Diccionario del Lenguaje Filosófico*, trad. de César Armando Gómez, Labor, Buenos Aires, 1967, pp. 150-151).

³⁸ Ídem.

acerca de *qué* cosas guardan (deben guardar) “conexión” con (*cuáles*) otras cosas.

Como parte de la justificación externa de la premisa mayor de un silogismo decisonal, en donde el objeto de justificación es una norma *prima facie* aplicable a un caso, la coherencia implica que, respecto a un mismo conjunto de razones justificativas, “una conclusión interpretativa puede ser más o menos coherente que otra y, a su vez, menos coherente que una tercera”.³⁹ En tanto que como parte de la justificación externa de la premisa menor de un silogismo, el atributo de la coherencia permite juzgar la mayor o menor probabilidad de la conclusión arribada respecto de la verificación de los hechos.

En general existe acuerdo respecto de la forma en que operaría la exigencia de coherencia en su dimensión temporal (diacrónica), esto es, tanto hacia el pasado como proyectándose sobre el futuro cuando evaluamos las decisiones judiciales de modo no insular, esto es, ubicando a la jurisprudencia en el centro de la escena. Sin embargo, el punto que me interesa ahora es reparar en cómo opera (y como debería operar) la exigencia de coherencia en la dimensión *material* (sincrónica), estos es, hacia el interior de una decisión judicial.

El concepto de justificación puede contribuir a dar pasos firmes en esta línea.

Paolo Comanducci, afirma de modo simple y claro que la justificación constituye un “proceso argumentativo que tiende a afirmar que algo está dotado de algún valor, cualquiera que éste sea”.⁴⁰ El objeto de la justificación puede recaer sobre entidades lingüísticas o extralingüísticas, y sin riesgo de eliminar las diferencias entre ellas, el filósofo italiano propone simplificar este punto reduciendo el objeto a entidades del primer tipo “traduciendo la justificación de entidades extralingüísticas a justificaciones de entidades lingüísticas que se refieren a tales entidades extralingüísticas”.⁴¹

En esta línea y en el ámbito del razonamiento jurídico, el procedimiento argumentativo consiste en “aducir razones (o buenas razones o razones persuasivas) en favor de uno de estos dos tipos de conclusiones: que es verdadero, o probable, o verosímil, o atendible un enunciado cognoscitivo; o que es justo, o bueno, o correcto, o válido un enunciado prescriptivo”⁴² y en particular en relación a las decisiones judiciales, la discusión y explicitación de las premisas encuentran su eje central de justificación en la *necesidad* de adoptar una decisión, de arribar a una conclusión (deber de resolver).

Asumimos así que debe existir una conexión entre motivación (decisión-acto/proceso) y decisión (decisión-resultado),⁴³ de modo tal que no pueda concebirse la

³⁹ Cfr. Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México, 2004, pp. 59-62.

⁴⁰ Cfr. Comanducci, op.cit. pp. 49.

⁴¹ Ibidem, pp. 50.

⁴² Ibidem, pp. 79.

⁴³ Ver nota al pie N° 30.

existencia de una decisión sin motivación como tampoco la existencia de motivación sin decisión.

Si esto es así, el procedimiento argumentativo de las decisiones judiciales solo puede concebirse bajo la idea de una *vinculación necesaria* entre las razones que se esgrimen en apoyo de cierta decisión (motivación) y la conclusión a la que se arriba (decisión).

En este contexto la exigencia de coherencia entre la decisión final y sus premisas constituye una condición *sine qua non*, una suerte de *núcleo duro* de la justificación interna de las decisiones judiciales.

Indaguemos en nuestra doctrina y nuestras prácticas para acercarnos a la situación en que nos encontramos, ahora que de modo explícito nos interpela el artículo 3 del nuevo Código requiriendo de los jueces algo más que sólo cumplir su deber de juzgar.

2. La argumentación jurídica en nuestra práctica judicial. Un sendero de incertezas

El mandato del artículo 112 de la Constitución Nacional, y la nueva norma del artículo 3 del CCyC, ubican a la jurisprudencia en un lugar relevante jurídica e institucionalmente, en el contexto de las fuentes de derecho interno.⁴⁴ Lo que los jueces expresan en sus fallos, de acuerdo con la ley y eventualmente otros argumentos, integra el sistema jurídico.

Este contexto normativo impone detenernos acerca de dos cuestiones claves imbricadas entre sí. En primer lugar, indagar sobre las *condiciones de satisfacción* de la regla constitucional, esto es, preguntarnos en qué grado puede afirmarse que una decisión judicial está “bien” adoptada, en base a qué criterios las decisiones judiciales pueden ser calificadas de “legales” y “constitucionales”, y qué criterios permiten juzgar una decisión como “razonablemente fundada”. En segundo lugar, indagar acerca de los *criterios de corrección* para controlar aquellas condiciones en cada decisión judicial.

En general, la jurisprudencia ha apelado a enunciados vagos e imprecisos para predicar la (in)validez de las decisiones judiciales, prevaleciendo en la materia una fuerte casuística.⁴⁵ Varios estándares pueden ejemplificar esta afirmación,⁴⁶

⁴⁴ Aún cuando el artículo referido a las fuentes del Derecho no haga mención alguna a la jurisprudencia.

⁴⁵ Parte de la doctrina ha reconstruido esta práctica y en este sentido la obra de Carrió constituye un aporte de ineludible (Carrió, Genaro R. y Carrió Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, editorial Abeledo Perrot, 3° ed., Buenos Aires, 1983).

⁴⁶ Porrás ofrece un resumen no exhaustivo pero ilustrativo al respecto, cuando afirma que las “... cuestiones atinentes a la falta de fundamentación suficiente de los fallos es atribuible a conceptos como: fundamentos sólo en la voluntad de los jueces; no dar razones suficientes para prescindir de los elementos conducentes a la solución del litigio; fundar en razones dogmáticas; error lógico; tergiversación de las constancias de la causa; prescindir de dar un tratamiento adecuado

pero voy a detenerme en uno formulado por la Corte Suprema hace décadas y de notable persistencia en la jurisprudencia. Dicho estándar señala que “una decisión judicial es válida si está debidamente fundada y constituye una derivación razonada del derecho vigente”.⁴⁷

La doctrina nacional se hizo eco de esta formulación, así por ejemplo Néstor pp. Sagüés, en su clásica obra de Derecho procesal constitucional, al analizar el recurso extraordinario, afirma que el concepto más apropiado para delimitar el alcance de lo que debe entenderse por sentencia arbitraria es aquel que la define como “el fallo que no deriva razonablemente del derecho en vigor”.⁴⁸

Quizás la comodidad de recostarse sobre este tipo de enunciados se explique por aquello que, con acierto advierte Aguiló Regla, al afirmar que alrededor de la fundamentación de las sentencias suelen reiterarse algunos lugares comunes que, si bien no son falsos en sí mismos, su interpretación sin honduras puede conducir a ocultar el proceso de aplicación legal y de fundamentación judicial. Uno de ellos supone que “dado que los jueces tienen el deber de resolver los casos aplicando normas preexistentes (el derecho objetivo), la fundamentación consistirá en mostrar que el fallo es el resultado de aplicar dichas normas”.⁴⁹

Sin embargo, adoptar ese estándar como un buen criterio de corrección nos conduce a un puerto plagado de incertezas. En primer lugar, debe determinarse cuál es el “derecho” del que deriva (o debería derivar) una decisión judicial.⁵⁰ Este punto es focal en razón de ciertas propiedades sobresalientes del derecho objetivo.

En primer término, porque las consecuencias jurídicas previstas en las normas del derecho objetivo son siempre *prima facie*, en tanto pueden ser derrotadas por otras normas o argumentos al momento de su aplicación. Esta derrotabilidad del derecho objetivo contrasta con el carácter que adquiere la norma aplicada en el caso

52

a la controversia existente de conformidad con alegado y probado y la normativa aplicable; pensamiento que no constituye una derivación razonada del derecho vigente con referencia a las circunstancias concretas de la causa; carencia de una fundamentación seria; pautas de excesiva latitud; fundamentación sólo aparente; apartarse de las reglas de la sana crítica; argumentos que no guardan entre sí la mínima concordancia lógica argumental; tener como único fundamento la remisión a pronunciamientos anteriores, sin referencia a las cuestiones oportunamente propuestas y conducentes a la solución del juicio; carecer de un análisis razonado de problemas conducentes para la solución de la causa; entre otras razones” (Porrás, op.cit., pp. 1783).

⁴⁷ Cfr. “Casavecchia, Augusto c/ Mininni Juan A.”, CSJN, Fallos: 256:101, 1963. La Corte Suprema expresó “Es condición de validez de los fallos judiciales que ellos sean fundados y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa”.

⁴⁸ Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Astrea, Tomo 2, Buenos Aires, 1989, pp. 203.

⁴⁹ Aguiló Regla, Josep, “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 2009, pp. 462.

⁵⁰ Un desarrollo más extenso sobre este punto puede verse en Piccardo, op.cit, pp. 80-82.

concreto y que constituye la premisa mayor del razonamiento judicial; la norma pierde el carácter *prima facie* para constituirse en la norma aplicada consideradas todas las cosas, todas las propiedades del caso y controlado todo el orden jurídico.⁵¹

Determinar cuál es el derecho aplicable puede tener una multiplicidad de respuestas, tantas como *aplicaciones* del derecho se verifiquen en la práctica, en la resolución de casos concretos. Este carácter relativo, no concluyente de las consecuencias jurídicas previstas en las normas, conduce a sostener que la no autosuficiencia del estándar lo convierte, en tanto criterio de corrección, como un criterio absolutamente vacuo.

En segundo término, el punto es problemático porque si el derecho objetivo se integra también por la jurisprudencia, pueden presentarse casos en los que la fundamentación de la decisión sólo se base en argumentos extraídos de precedentes judiciales, y que esa construcción argumentativa sea suficiente para motivar una sentencia. Esta práctica de justificación en manos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, derivaría en procesos de justificación circular, incapaces de dar respuesta satisfactoria al problema de la fundamentación genuina de las decisiones judiciales. Nuevamente se impone la conclusión que planteaba más arriba: el estándar “*derivación razonada del derecho vigente*”, en tanto criterio de corrección, también resultaría vacuo.⁵²

En segundo lugar, las cuestiones acerca de cuándo una decisión judicial se deriva del derecho, qué se entiende por derivación razonada, y bajo qué criterios una decisión judicial se considera como razonablemente fundada, reconducen a dos cuestiones de insoslayable atención: (i) la operación de aplicación de la ley, y (ii) la noción de razonabilidad.

Así, volvemos al comienzo. Dábamos por sentado que la función paradigmática del juez consiste en aplicar la ley y afirmábamos también que muchas consideraciones acerca de la novel proposición contenida en el artículo 3 del CCyC solía reparar en la cuestión semántica sobre el término “razonable”.

Comencemos con la cuestión sobre la aplicación de la ley.

En primer lugar, la expresión “aplicación” padece la ambigüedad proceso-producto. La aplicación del derecho alude tanto a la actividad de transitar el trayecto que nos lleva de las premisas fácticas y normativas a la conclusión, cuanto al resultado mismo al que se arriba a partir de esa actividad, resultado que se integra entonces con las premisas y la conclusión, y la relación entre ellas.⁵³

⁵¹ Cfr. Aguiló, op.cit., pp. 463.

⁵² No obstante su posición favorable al principio bajo análisis, el propio Sagüés reconoce que la definición es difusa y que plantea el interrogante acerca de quién define lo que es (o no es) sentencia derivada razonablemente del derecho en vigor, concluyendo con cierta resignación en que sería más sencillo concluir que sentencia arbitraria es el fallo que la Corte reputa arbitrario (Cfr. Sagüés, op. cit., pp. 203).

⁵³ Cfr. Moreso, José Juan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Universitat Oberta de Catalunya, 1.º edición en lengua castellana, Barcelona, 2006, pp. 122.

En segundo lugar, la aplicación de la ley se encuentra comprometida, en muchas ocasiones (o en todos los casos según las posturas dworkinianas) con la función de interpretación. Esta actividad también sufre del mismo complejo de ambigüedad,⁵⁴ al que debemos adicionar el problema acerca de las diferentes concepciones de la interpretación jurídica: la concepción de la teoría cognitiva, la concepción de la teoría escéptica y una teoría intermedia que sostiene que a veces la interpretación es cognitiva y a veces estipulativa.⁵⁵

Por su lado, el concepto de razonabilidad nos reconduce a la cuestión compleja vinculada con la coherencia a la que apuntaba más arriba.

Por contraste conceptual, la doctrina y la jurisprudencia en general han hecho diversos esfuerzos por dar relieve a la razonabilidad a través de su opuesto, la arbitrariedad, desinteresándose de la vinculación entre razonabilidad y coherencia.

Nuestra jurisprudencia ha realizado así varios intentos para despejar las sentencias de todo viso posible de arbitrariedad, comenzando por la noción trazada en el caso “Rey vs. Rocha” (1909)⁵⁶ al sostener que:

el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley da lugar a recurso ante la Corte Suprema en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, *desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes* (la cursiva me pertenece).

54

Luego de algunas décadas, en “Storani” (1939)⁵⁷ la Corte invoca la arbitrariedad como causal para habilitar el recurso extraordinario a partir de la noción esbozada en “Rey vs. Rocha”. Así, en “Storani” la Corte sostuvo que el tribunal *a quo* había incurrido en manifiesta violación de las disposiciones de la ley procesal acerca de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada y, además, se había apartado del cumplimiento de la ley para privar arbitrariamente a las partes de un derecho incorporado a su patrimonio cuya inviolabilidad está asegurada por disposición expresa de la Constitución Nacional. Más adelante, en “Carlozzi” (1947),⁵⁸ la Corte realiza una caracterización de la arbitrariedad al establecer que ésta se configura toda vez que se resuelva contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto al caso, se prescinda de pruebas fehacientes regularmente traídas al juicio o se haga remisión a las que no constan en él.

⁵⁴ Cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2.º ed., México, 2000, pp. 5.

⁵⁵ Sobre este tema véase Moreso, op.cit.pp.16-120.

⁵⁶ “Rey, Celestino c/ Rocha, Alfredo y Eduardo”, CSJN, Fallos: 112: 384, 1909.

⁵⁷ “Storani de Boidanich, Victoria e Hijos v. Ansaldo, Imperiale y Bovio”, CSJN, Fallos 184:137, 1939.

⁵⁸ “Carlozzi, Domingo c/ Tornese Ballesteros, Miguel y otros”, CSJN, Fallos: 207:72, 1947.

En este último tramo del apartado⁵⁹ puede verse con claridad cómo, casi de modo inevitable, analizando los intentos de llegar a la razonabilidad por vía de su antagónico, nos deslizamos hacia cuestiones procesales, detonando el sentido sustancial acerca de cómo deben fallar los jueces, y de este modo, allanando el camino para las posiciones críticas sobre el alcance y las potencialidades del artículo 3, como la que expresa Andruet⁶⁰ al afirmar que:

No se puede desconocer que el art. 3º tiene un claro componente de naturaleza procesal, como que también es discutible que una ley de fondo como es el CCyC asuma como propio poder regular aspectos no delegados al Estado federal, puesto que con ello se pueden afectar las competencias asignadas por el derecho público a las provincias [...] Ello en particular, porque algunos Estados provinciales han regulado en el ámbito de sus Constituciones o sus Códigos de Procedimientos Civiles, lo relativo a la forma o manera en que se deben dictar las resoluciones jurisdiccionales [...] y que en algunos supuestos, podría ingresar en una suerte de inconsistencia —por exceso o por defecto— frente a la indicación del art. 3º.

Para concluir su crítica, el autor citado expresa que la intromisión en la materia procesal

... termina(n) promoviendo los requerimientos técnico-procesales del art. 3º en la asimilación de los descriptores clásicos y dinámicos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a la teoría desarrollada al amparo del concepto de sentencia arbitraria [...], y que tal como se ha venido demostrando por buena parte al presente, cuando las taxonomías —como la conjugada otrora por Genero Carrió para las sentencias arbitrarias— no son estables en sus categorizaciones, la clasificación suele ser parte de una regla de medida variable y por ello de fiabilidad al menos relativa.

Esto me lleva a observar que existe una suerte de contradicción en los discursos alrededor, no sólo del artículo 3, sino del núcleo duro sustantivo en que éste se inserta. Por un lado, se afirma que nos encontramos ante un “diálogo de fuentes” de manera que el CCyC recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes,⁶¹ como un logro, un verdadero hallazgo del nuevo orden privado nacional. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 3 por avasallar el sistema federal de distribución de competencias.

⁵⁹ Son numerosos los casos de la Corte Suprema y de tribunales inferiores que resultan fecundos en la cuestión acerca de la arbitrariedad y las hipótesis de su configuración, pero escapa a los límites de este trabajo detenernos en ello.

⁶⁰ Andruet (h), op. cit.

⁶¹ Cfr. Prólogo del Código Civil y Comercial comentado, op.cit. nota 16, pp. 13.

Y en esta maraña perdemos el eje central que deberíamos aprovechar si la empresa de potenciar el imperativo de fundamentación judicial interesa seriamente.

III. Palabras finales de un discurso en construcción

La contradicción apuntada al finalizar el apartado anterior contiene a mi juicio un problema con dos filos, que le quita toda dimensión dilemática.

La norma del artículo 3 del nuevo Código contiene un imperativo que puede explorarse en su dimensión sustantiva (y no procesal) y hay razones para ello. En esta pretensión, no existiría un diálogo entre iguales, la Constitución Nacional es la “fuente de fuentes”. El nuevo Código pretende potenciar una centralidad que de manera persistente siempre ha tenido en nuestro sistema el Código Civil, sin embargo, la justa medida debe venir de la mano de recordar el lugar que ocupa en la jerarquía de fuentes, y consolidado ello, aprovechar el nuevo mandato para exigir que los jueces, al aplicar la ley, lo hagan a través de sentencias razonablemente fundadas. No ver en ello una conspiración contra el sistema federal sino una oportunidad para tomar seriamente el mandato constitucional del artículo 112 de la Constitución Nacional, y avanzar hacia modelos que exploren de manera sustantiva el rol que tiene la argumentación jurídica en la justificación judicial.

56 En esta línea, como hemos visto en el recorrido propuesto, la retórica sobre el valor del artículo 3 no repara en cuestiones complejas que exigen necesariamente respuestas modélicas.

Apuntaré un elemento para concluir e intentar eclipsar la desalentadora visión a partir de los sobreentendidos a los que he aludido en los apartados anteriores.

Propongo recordar una vieja enseñanza de la filosofía jurídica que puede servir de faro, la *regla de universalización*, que puede ser explicada *grosso modo* a partir del postulado kantiano que expresa: “Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal”.⁶²

En la dimensión del deber que pesa sobre los jueces de cumplir el imperativo de fallar y al hacerlo de motivar razonablemente sus decisiones, este principio podría traducirse como lo sugiere lúcidamente Gascón Abellán, “(e)n presencia de un mismo hecho, resuelve siempre de igual forma o, mejor aún, toma aquella decisión que en el futuro estuvieras dispuesto a respaldar ante unas mismas circunstancias”.⁶³

Si bien el imperativo de *universalización* no puede ser considerado como el único criterio para adoptar decisiones correctas, puede constituir la última garantía de

⁶² Kant, I, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de García Morente, Espasa Calpe, 8° ed., Madrid, 1983, pp. 72.

⁶³ Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 31.

la racionalidad jurídica en el escenario corriente en que los jueces se encuentran cuando deben elegir entre diferentes opciones interpretativas y argumentativas, entre diferentes razones que proporcionan las fuentes del derecho.

Este principio de *universalización* puede operar tanto en el precedente vertical cuanto en el horizontal y también en el autoprecedente. Tal como lo ilustra la autora citada:

si en ciertas ocasiones el juez ha de elegir entre distintas opciones que cuentan a su favor con razones diferentes entre las que no cabe establecer un orden de preferencias, el argumento universalizador constituye acaso el único y mejor aval de la corrección de la decisión; y ello así porque, si esa corrección no puede predicarse como principio absoluto en la esfera intersubjetiva, sí puede exigirse en el plano individual: si el intérprete no puede alcanzar la única solución a partir del material normativo, sí puede mostrar, en cambio, cuál es su mejor solución del caso concreto, pero para que esa solución resulte creíble (comunicable) tan sólo podrá apelar a su coherencia, acreditando que es también mejor siempre que concurren las circunstancias o propiedades consideradas relevantes.⁶⁴

En el autoprecedente la regla de la universalización se hace más potente aún:
... la adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del Derecho no puede atribuirse a ninguna consideración de orden jerárquico [precedente vertical], ni tampoco a una ideología 'gremial' de aceptación de los criterios mayoritarios [precedente horizontal], sino que constituye exclusivamente una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización.⁶⁵

57

Al constituir un estándar de justicia formal, la regla de la universalización se vincula fuertemente con los valores de certeza y seguridad jurídica.

Pensemos por último en el modo en que podría operar esta regla hacia el interior de órganos judiciales colectivos, como el caso de nuestra Corte Suprema. Cada integrante del máximo órgano judicial debería adoptar aquel criterio de razonabilidad que estuviese dispuesto a que se convierta en el criterio mayoritario dentro del colectivo que integra, y así, replicado, cada uno de los integrantes del órgano colegiado estaría animado por el mismo objetivo común: asegurar la racionalidad en el caso concreto.

No confundamos los términos, el artículo 3 del nuevo Código no contiene una norma procesal.

⁶⁴ Gascón Abellán, op. cit. pp. 47-48.

⁶⁵ Ibidem, pp. 37-38.

La idea de proceso está presente pero no en ese sentido. La noción de proceso se vincula con la tarea de argumentación que tiene que llevar adelante el juez para desandar un camino plagado de mandatos indeterminados pero con un norte claro, las decisiones que adopte deberán dar cuenta de un proceso de justificación racional en las múltiples decisiones que debe adoptar.

La identificación de la premisa jurídica (*quaestio iuris*) cuanto la de la premisa fáctica (*quaestio facti*) debe estar guiada por un objetivo epistémico, asumiendo que en la tarea de identificación de las premisas interesa la adecuada motivación que dé base o justificación al contenido de la creencia del juez y no la íntima convicción o creencia, “entendida como estado psicológico”, tal como advierte Redondo⁶⁶

Así, constituyéndose la justificación es una instancia de máxima relevancia en la actividad de identificación de los hechos del caso y del derecho aplicable, la construcción de la plataforma argumentativa puede concebirse como una práctica necesaria en el razonamiento de los jueces, y el *proceso* de justificación como una instancia de legitimación concluyente en la fundamentación de las sentencias.

IV. Referencias bibliográficas

58

Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

Aguiló Regla, Josep, “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 2009.

Andruet (h), Armando S., “La decisión razonablemente fundada del art. 3° del Código Civil y Comercial”, en *LL -RCCyC 2016* (agosto), 17/08/2016, 63, Buenos Aires, 2016.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

Caracciolo, Ricardo, *El derecho desde la filosofía. Ensayos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

Caramelo, Herrera y Picasso (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo I, Título Preliminar y Libro Primero (artículos 1 a 400), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1° edición, Buenos Aires, 2015.

⁶⁶ Redondo, María Cristina, “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, en *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Redondo et al., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 68-72.

- Carrió, Genaro R. y Carrió Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo Perrot, 3° ed., Buenos Aires, 1983.
- Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México, 2004.
- De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 7.º reimpresión, Barcelona, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, pp. 15-53.
- Foulquie, Paul, *Diccionario del Lenguaje Filosófico*, trad. de César Armando Gómez, Labor, Buenos Aires, 1967.
- Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana, “Ruptura de la Legitimidad Constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de justicia de la Nación de 1930 (Cuadernos de Investigaciones 1)”, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A., Buenos Aires, 1988.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, 2.º ed. actualizada, Buenos Aires, 2003.
- Guastini, Riccardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2º ed., México, 2000.
- Kant, I, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de García Morente, Espasa Calpe, 8º ed., Madrid, 1983.
- Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Astrea, 2º ed. actualizada, Buenos Aires 1970.
- Lorenzetti, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *LL* 2012-C, pp. 581.
- Manili, Pablo, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, La Ley, Serie de Libros Universitarios, Buenos Aires, 2003.

Moreso, José Juan, Navarro, Pablo E. y Redondo, Cristina, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11, 1992.

Moreso, José Juan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Universitat Oberta de Catalunya, 1.º edición en lengua castellana, Barcelona, 2006.

Mazzarese, Tecla, “Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 2003.

Negri, Nicolás J., “El nuevo Código y los valores jurídicos. Argumentación y ponderación”, en *LL 21/01/2016*, 1, Buenos Aires, 2016.

Nino, Carlos S. *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, 1º ed., trad. de Martín Böhmer, Emecé editores, Buenos Aires, 1997.

Piccardo, Ivana, “La Corte Suprema argentina y la transición democrática: un estudio genealógico de su argumentación”, en *Argentina: la lucha judicial por la democracia y los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch (colección “Constitucionalismo Latinoamericano”), México, 2017, pp. 57-120.

Porrás, Alfredo Rafael, “Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad”, en *LL Gran Cuyo*, 2014 (diciembre).

Redondo, María Cristina, “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, en *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Redondo et al., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Astrea, Tomo 2, Buenos Aires, 1989.