

# El rol de los Jueces en el nuevo Sistema del Derecho Privado



DR. ARIEL ARIZA

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I. Rosario.

## 1. El Derecho privado ingresa en una nueva etapa

Desde fines de la década de los 80 del siglo XX sectores mayoritarios de la doctrina nacional vienen señalando –a través de obras, de artículos publicados en revistas y en encuentros jurídicos– la necesidad de asumir la tarea de recodificar el Derecho Civil, a través del dictado de un nuevo Código<sup>1</sup>. Este período estuvo signado por la elaboración de proyectos legislativos que insumieron notables esfuerzos y discusiones; quedaron, en definitiva, relegados<sup>2</sup>.

Desde 2011 ha comenzado un intento más de recodificar el Derecho privado. Nuevamente, los más conspicuos representantes de la doctrina nacional han comenzado una tarea que contó con un decidido compromiso, expresado por el Poder Ejecutivo Nacional desde su inicio.

Interpretamos que la tarea de elaboración del articulado y del trazado de líneas directrices del nuevo sistema buscó basarse en el aprendizaje dejado por las experiencias truncas anteriores: ampliar la base de los consensos para evitar así que algunos sectores –más sustentados en la mirada de analizar

una obra «ajena» que en las diferencias conceptuales que todo proceso de recodificación supone– se sientan situados desde el inicio ante la falsa opción de mantener el viejo Código, o de adherir a un nuevo sistema que no termina de coincidir con estructuras de pensamiento largamente arraigadas. Con ese implícito objetivo, la comisión redactora supo encontrar colaboradores de subcomisiones por áreas específicas en diversos lugares del país, generándose así una amplia y plural posibilidad de participación en la redacción del Anteproyecto.

El año 2013 encontró, sin embargo, al Proyecto, sujeto a una virtual paralización en el trámite legislativo que ha frenado el impulso inicial que hacía pensar en la pronta sanción del nuevo Código Civil y Comercial. Este estado de cosas lleva a meditar sobre el valor y vigencia de la tarea realizada. A nuestro modo de ver, la obra de recodificación concluida exhibe rasgos distintivos propios del Derecho privado latinoamericano, asentados en importantes acuerdos doctrinarios y de diferentes sectores de la sociedad que justifican que, independientemente del momento de su tratamiento legislativo, se lo vea como la

expresión de un punto de llegada. Luego de tantos años de esfuerzos por reformar el Derecho privado -y de experiencias fracasadas- se ha llegado a una versión del nuevo sistema, que logra sintetizar plurales enfoques ante las nuevas instituciones. Se ha llegado al fin del proceso de recodificación. Independientemente de los aditamentos que puedan incorporarse y del perfeccionamiento de que toda obra humana es pasible, la sociedad argentina cuenta hoy con el diseño de un nuevo sistema para regir la vida privada de los ciudadanos. Este logro no tiene exclusivamente un valor científico de carácter teórico sino que es, además, para los operadores jurídicos, el reflejo de las tendencias más actuales en el sistema vigente.

## 2. El sistema Civil y Comercial desde el caso iusprivatista

Un rasgo profundamente distintivo del Proyecto de Código Civil y Comercial es el permanente reconocimiento desde la generalidad de la Ley a la dimensión concreta de la decisión judicial, que resuelve el caso iusprivatista. Cabe, inclusive, preguntarse si se trata de un mero «reconocimiento», o directamente hay un sustentarse -de modo estratégico e implícito- la generalidad legal en la dimensión jurisprudencial del Derecho.

Las soluciones previstas por el Legislador dan por implícitamente reconocido que en determinados campos la fuerza reguladora del sistema se integra en la solución del caso, no de una manera predeterminedada, sino a partir de la composición de los principios en juego.

Ello se advierte ni bien se detiene la mirada en las tres primeras disposiciones del título preliminar del Proyecto. En el artículo 1, en forma directa, al señalar las fuentes del Derecho en Proyecto del Código Civil y Comercial se refiere a la materia de Derecho privado, regulada como «los casos», y a la resolución que de ellos corresponda hacer. Si bien un Código constituye una regulación general indicativa de los criterios de conducta establecidos para una dimensión temporal futura, el Proyecto circunscribe su atención en el desenlace de conflictividad social generado por un «caso» a resolver. Desde el precepto que inaugura el sistema, se observa que la atención y la lógica que el Código atenderá responde a una concepción que toma en cuenta, a la par, la regla de conducta y los criterios no necesariamente consagrados en la Ley, que serán completados en la dimensión de la resolución del conflicto.

En el reconocimiento de las fuentes del

Derecho -en el mismo artículo 1- la jurisprudencia obtiene el puesto que de manera pacífica ha sido consolidado en los últimos tiempos por el funcionamiento del sistema. En los últimos años cabe admitir -por la fuerza de los hechos- que el papel de la jurisprudencia desarrollando elementos no determinados por el sistema normativo, ha tenido un incremento notorio. A través de áreas específicas como las de la salud, el derecho de familia y la tutela de sectores vulnerables de la sociedad (discapacitados, ancianidad, consumidores, etcétera) se ha registrado la concreción de reglas predominantemente jurisprudenciales para resolver conflictos, que tienen su origen en la incidencia de nuevos principios<sup>3</sup>.

En el artículo 2 del Proyecto, igualmente, se refiere a un proceso propio de los encargados del funcionamiento de las normas: la interpretación de la Ley. Introduciendo nuevas pautas para llevar adelante el proceso de hermenéutica de la Ley, el Proyecto de Código Civil y Comercial reconoce la dimensión valorativa del Derecho y señala el objetivo de coherencia que inicialmente ha de perseguirse en el proceso interpretativo. De esta disposición puede destacarse que la totalidad del sistema legal, regulado por el Proyecto de Código, aparece subordinada

do al entramado de derechos provenientes de los Tratados de Derechos Humanos, en coherencia también con el resto del ordenamiento jurídico. Las derivaciones de esta regla hermenéutica son altamente significativas si se considera el impacto que ella ha de tener en los contenidos disciplinares de cada una de las áreas del Derecho privado; pero desde la óptica que aquí se propone analizar cabe destacar que uno de los ámbitos en que principalmente se debe producir la fragua entre la regulación legal propia de cada institución y su consonancia en el caso con los Derechos Humanos, es el de la decisión judicial. Es a los encargados de la resolución de los conflictos que el artículo 2 del Proyecto confía el establecimiento del grado de conformidad de la regla legal con los principios superiores contenidos en Tratados de Derechos Humanos. Lo que de manera más intensa se fue abriendo paso en determinados sectores del Derecho privado bajo la denominación de «control de convencionalidad», se consagra ahora como regla hermenéutica general de la Ley Civil y Comercial.

Toda esta mirada del Derecho privado desde la perspectiva de lo decisorio encuentra otra expresión en lo regulado por el artículo 3 del Proyecto. Reco-

giendo la tradición de una regla clásica, consagrada por las codificaciones decimonónicas, que imponía el deber de no dejar de fallar, so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la Ley, ahora el propio sistema legal establece que la decisión tiene que fundarse razonablemente. El sistema legal, de este modo, admite que en la esfera de composición de un caso puede ser que la regla legal no sea el fundamento único o suficiente para obtener la respuesta válida, tanto porque el propio sistema no haya determinado la solución, como porque el alcance del precepto legal deba ser puesto en consonancia con otros principios constitucionales. El canon de la razonabilidad - anteriormente elaborado como estándar del Derecho Constitucional para medir la lógica y validez de diversos actos estatales- cobra ahora plena aplicación, como directiva a tomar en cuenta en todos los casos. Si en la etapa del Derecho privado clásico la razonabilidad de las decisiones era un criterio negativo, conforme al cual se invalidaban por vía de la doctrina de la arbitrariedad las decisiones irrazonables, ahora la pauta se expande como regla general positiva que todas las decisiones individuales en Derecho privado deben observar<sup>4</sup>.

El reconocimiento legal del canon de la

razonabilidad para las decisiones que resuelvan casos iusprivatistas incorpora, de manera necesaria, el campo de la argumentación jurídica a la producción teórica de la dogmática. No podrán ya disociarse la sistematización de las teorías, la exposición de las conclusiones de derecho válido, efectuadas en las obras generales del Derecho, de todo el juego argumental que dichas teorías tengan a la hora de elaborarse las decisiones<sup>5</sup>. Los argumentos normativos y extra normativos -aptos para otorgar razonabilidad a las decisiones-, el eslabonamiento que se establezca entre ellos, su grado de persuasión, no pueden ser considerados materia ajena ni colindante del Derecho privado, sino una nueva pero propia dimensión de la disciplina.

### 3. Manifestaciones y caracteres de la actuación judicial en áreas específicas

No obstante que la relación entre Legislador y Juez aparece redefinida en forma general en el nuevo sistema, resulta oportuno poner de resalto ciertas previsiones expresas, que remiten al terreno de la decisión del Juez en la conformación de la regla concreta. Las siguientes menciones no pretenden describir exhaustivamente todos los supuestos

demostrativos de la creciente aproximación que el nuevo sistema ha concretado entre disposiciones legales y decisiones judiciales.

En materia de restricciones a la capacidad de las personas, se ha establecido un régimen flexible que, más allá de las categorizaciones estáticas del Código de Vélez, permite a los jueces adecuar las limitaciones protectorias hacia la persona, de acuerdo a los distintos grados de necesidad que requiera el sujeto. La ponderación de los distintos aspectos a tomar en cuenta para disponer una restricción de la capacidad y su grado de alcance surge de los artículos 32 y 38, estableciendo también el artículo 40 que igual amplitud de ponderación existirá en cualquier momento para revisar las decisiones ya adoptadas. De neta apreciación judicial, criterio restrictivo y control judicial inmediato son las medidas de internación reguladas por el artículo 41.

Corroborando lo anterior, se estatuyen medidas que permiten a los jueces articular soluciones de asistencia a las personas, que contemplan la integralidad de su situación vital, al traspasarse las categorías de la incapacidad mediante la adopción del sistema de apoyo a las personas que los requieran. A través del

artículo 43 del Proyecto se abre paso una neta función elaboradora de variables de sistemas de apoyo que dependerá de las propuestas de las partes, dictámenes técnicos y, en definitiva, de la valoración que el Juez pueda hacer sobre las mejores herramientas, para favorecer la autonomía del interesado.

En materia de cambio de nombre es ya tradicional el campo de actuación judicial para determinar la existencia de «justo motivo» que permita el cambio del nombre o del apellido. Ahora el artículo 69 facilita dicha modificación en supuestos de identidad de género, o por haber sido víctima de apropiación ilegal o sustracción de identidad.

En el área de discernimiento de la tutela y la curatela tiene recepción expresa la intervención judicial que debe establecerlas, reglándose la necesidad de la audiencia con los menores o incapaces, como también los criterios a tomar en consideración, a la hora de adoptar la decisión (arts. 112 y 113).

En el campo de los hechos y actos jurídicos se consagra, como regla general, una novedosa competencia judicial, al regularse la nulidad. En el artículo 389 In fine se prevé que para el caso de nulidad

parcial el Juez debe integrar el acto, de acuerdo a su naturaleza y a los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes. Un antecedente destacable de esta función integradora fue establecido por el artículo 37 de la Ley 24.240 en cuanto a la anulación de cláusulas abusivas. La solución ahora prevista por el Proyecto en el artículo 389 expando a la generalidad de los actos jurídicos la función integradora del material regulativo, que fuera objeto de nulidad parcial.

Resulta destacable la intervención judicial, prevista en el artículo 405 del Proyecto, en relación a la ponderación que debe hacer el Juez para considerar la posibilidad de dispensa judicial por falta permanente o transitoria de salud mental. Si bien se establece como regla general el impedimento matrimonial, en el artículo 403, cuando uno de los contrayentes se encuentre en situación de falta permanente o transitoria de salud mental, se admite que el Juez, de todos modos, pueda considerar -previo dictamen de los equipos de salud- que en el caso concreto hay aptitud para la vida de relación.

También en el terreno del Derecho de Familia asume ribetes singulares la inter-

vención judicial que ha de desarrollarse por vía de la determinación de compensaciones económicas (art. 442) entre ex cónyuges y entre quienes constituyeron una unión convivencial (art. 525). Se observa también una estrecha dependencia entre los criterios legales establecidos y la decisión judicial que concretiza dichas pautas en materia de derechos y deberes sobre el cuidado de los hijos. Ante casos en que los padres no presenten un plan de parentalidad, a fin de determinar las modalidades del cuidado de los hijos, corresponde al Juez fijar dicho régimen. Si bien dicha previsión alude a intervenciones judiciales que en gran medida tienen actualmente vigencia en la mayor parte de los procesos de familia, ahora la norma, expresamente, remite al campo judicial esa definición.

En materia de obligaciones se consagra como regla legal una prerrogativa judicial de reducción de intereses abusivos y de intereses que provienen de aplicar el sistema de capitalización en el artículo 771. Tal función judicial de control no es novedosa, sino que se abrió paso en la praxis jurisprudencial bajo el Código Civil vigente, haciéndosela derivar en especial de la ilicitud del objeto (art. 953 del CC). El establecimiento de una regla límite a los intereses aplicados a

una obligación dineraria confronta aquí con una cantidad de variables que suponen un cotejo con tasas relativas en el mercado, así también con conceptos jurídicos indeterminados como la moral y las buenas costumbres. Dichos parámetros resultan ahora recibidos en una disposición legal que, en forma expresa, reconoce estas facultades judiciales, estableciendo como criterios a considerar el costo medio del dinero en el lugar en que se contrajo la obligación.

En materia contractual, el artículo 60 del Proyecto limita, como regla general, la intervención de los jueces en la modificación de los acuerdos celebrados, exceptuando aquellos casos en los que se viola el orden público o en los que la Ley, en forma expresa, autoriza la intervención. Sin embargo, en materia de contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, el artículo 989 -expresamente- consagra el control judicial, como también en el campo de los contratos de consumo el artículo 1.122 define intensamente el alcance de dicho control. Cabe reparar que, en cuanto al control de los elementos esenciales del contrato, la licitud de la causa y del objeto son extremos cuyo control oficioso por parte de los jueces se deriva igualmente del nuevo sistema (arts. 1.004 y 1.014).

A través del artículo 1.134 del Proyecto, se establece una modificación en las reglas de la compraventa, según la cual, en caso de que las partes hayan fijado que al precio lo determine un tercero y éste no lo haga, será al Juez a quien corresponda su determinación. Si bien para esta tarea se apoyará en valores surgidos del Mercado y en dictámenes de expertos, lo cierto es que se trata de un desplazamiento hacia aspectos de neto corte económico en el contrato. Una función determinativa de índole económica, semejante a la anterior, se reconoce en el contrato de mandato, al disponerse que en defecto de fijación de precio y ante la ausencia de disposiciones legales o usos, será el Juez quien determine la remuneración del mandatario.

En la locación de obra se mantiene una significativa función limitativa que corresponde a los magistrados, para reducir equitativamente la indemnización en caso de desistimiento unilateral (art. 1.261). En sentido análogo, es mantenida la facultad de reducción de la deuda proveniente del juego o apuesta, si resultara extraordinaria respecto de la fortuna del deudor (art. 1.611).

En la órbita de responsabilidad civil es notorio el protagonismo que el Proyecto

otorga a la función judicial en orden a garantizar las denominadas funciones de responsabilidad. En cuanto a la función preventiva, el artículo 1.713 proyectado da lugar a una variedad de contenidos posibles de las sentencias que se emitan, en pos de procurar la prevención del daño. No hay estrictamente tipicidad de las eventuales condenas que puedan establecerse, dado que la disposición legal considera como factibles la imposición de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, lo que denota una inabarcable gama de posibilidades. Asimismo, en el área de la sanción pecuniaria disuasiva, se regula con amplitud de posibilidades el establecer judicialmente consecuencias pecuniarias para quien obrara con menosprecio hacia derechos de incidencia colectiva, siendo el Juez quien debe asignar el destino a los montos en cuestión.

En el sector de los Derechos reales y en materia de propiedad horizontal se reconocen intervenciones judiciales específicas a la hora de la toma de decisiones sobre obras nuevas o realización de mejoras sobre partes comunes (art. 2.051). También se establece una disposición especial que determina los alcances de una medida que, si bien resulta excepcional en la vida consorcial, presenta

casos reiterados en la jurisprudencia, como lo es la asamblea judicial de consorcistas (art. 2.063). Se mantienen las prohibiciones de creación o imposición judicial de los derechos reales de usufructo y servidumbre (arts. 2.133 y 2.169, respectivamente).

En materia sucesoria, se verifica la incorporación de relevantes disposiciones referidas a aspectos del proceso sucesorio como la competencia (art. 2.336); la investidura de la calidad de heredero (arts. 2.337 a 2.340), contemplándose inclusive el procedimiento de protocolización de testamento ológrafo; la realización de inventario y avalúo (arts. 2.341 a 2.344), dedicándose regulación detallada a la administración judicial de la sucesión (arts. 2345 a 2362). En materia de prescripción y caducidad se establece que el Juez no puede declarar la prescripción de oficio (art. 2.552) resultando que la caducidad sólo puede ser declarada de oficio por el Juez cuando está establecida por la Ley y es materia sustraída a la disponibilidad de las partes (art. 2.572).

#### **4. Apuntes finales sobre la elaboración de la decisión en un sistema flexible**

Más allá de las anteriores referencias

en las que el Legislador expresamente designa a la decisión judicial individual como complemento necesario de las previsiones normativas, el rasgo de sistema abierto y, en alguna medida, incompleto de la regulación proyectada, se evidencia en la incidencia de una variedad de principios generales que están llamados a cobrar operatividad en las decisiones individuales y en la regulación sintética de las instituciones, regulando sólo los aspectos nucleares o centrales.

Ya sin designar en forma expresa la intervención de los jueces, el sistema, al mostrarse exiguo, apenas suficiente o mínimo en su contenido regulatorio, descansa en esa intervención complementaria de los encargados de elaborar las decisiones individuales. No se tratará de una intervención neutra ni carente de las debidas directrices que el propio ordenamiento proporciona para construir aquellas partes no determinadas de la regulación de las figuras. La construcción de la solución del caso implicará que el Juez tenga que determinar la incidencia que en cada caso puedan tener los principios rectores que sirven de columna vertebral al Proyecto. Estos núcleos significativos tienen como ejes al principio de buena fe (art. 9 y su reiteración en los demás libros del Proyecto), el

abuso del Derecho (art. 10) y el abuso de la posición dominante (art. 11), principio general éste de proyección relevante en la esfera obligacional y patrimonial.

La reiteradamente aludida complejidad de las tareas de los jueces al hacer funcionar las normas, pasa a constituir un capítulo indispensable para comprender el nuevo sistema<sup>6</sup>. No se basta el sistema proyectado con tareas interpretativas o aplicativas, sino que por definición requerirá del despliegue de tareas de reconocimiento normativo, selección de fuentes, síntesis del material normativo aplicable, interpretación conforme a pautas o reglas constitucionales, determinación del contenido de conceptos abiertos, elaboración normativa, aplicación de principios, desarrollo conjetural del sistema y consideración específica de la argumentación<sup>7</sup>.

Todo lo anterior denota que la función judicial en el sistema proyectado para el Derecho privado tendrá un rol imprescindible, que en buena medida ya viene desempeñando en el Derecho de los últimos años, pero que ahora pasa a estar reconocido como pieza fundamental para la concreción de los principios básicos del Proyecto. El legislador confía en los jueces para la composición justa

y razonable de los conflictos del Derecho Privado. A los jueces nos toca tener en claro este delicado rol y prepararnos para cumplirlo ■

<sup>1</sup> La necesidad de transformaciones en el Derecho Civil ha formado parte de una tendencia expresada en otras comunidades jurídicas EHMANN, HORST – SUTSCHET, HOLGER: «La reforma del BGB. Modernización del Derecho alemán de obligaciones», trad. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ Y UTE SALACH DE SÁNCHEZ, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2006; «La modernización del Derecho Civil» Domingo Bello Janeiro Ed., Santiago de Compostela, 1994

<sup>2</sup> NICOLAU, NOEMÍ: «Las tendencias en el Derecho Contractual argentino a la luz de las reformas concretadas y proyectadas en la última década», en Trabajos del Centro No 4, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho U.N.R., PÁG. 97

<sup>3</sup> GLOPPEN, SIRI – ROSEMAN, MINDY; «¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?» en «La lucha por los derechos de la salud», Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, PÁG. 13

<sup>4</sup> NICOLAU, NOEMÍ: «El principio de razonabilidad en el Derecho Privado», Revista de Derecho Privado, año 94, 2010, PÁG. 3 Y SS.

<sup>5</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL: «Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales», Revista Doxa, Na 21, vol. 2, 1998, PÁGS. 79/87; GHIRARDI, OLSEN: «El control de logicidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación», Advocatus, Córdoba, 2008, PÁG. 115 Y SS.; TARUFO, MICHELE: «La motivación de la sentencia civil», trad. LORENZO CÓRDOBA VIANELLO, Edit. Trotta, Madrid, 2011, PÁG. 119 Y SS.

<sup>6</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL: «Filosofía de la Jurisdicción», Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, PÁG. 65 Y SS.

<sup>7</sup> ARIZA, ARIEL: «En torno al razonamiento judicial en Derecho privado», J.A. 2004-I, PÁG. 1.038