

XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Comisión: 4, Civil “A siete años del Código Civil y Comercial”

Raúl Eduardo Fernández

Gómez Clara 295 – Barrio Rogelio Martínez – 5.000 CORDOBA – Provincia de Córdoba

refernandezcba@gmail.com

SINTESIS:

Pretendo advertir sobre el exceso en la interpretación del art. 3 del C.C.y C. N. y proponer una “interpretación contenedora” que se ajuste al actual paradigma de Administración de Justicia, pero sin desmedro de la previsibilidad que el sistema jurídico debe acordar a los litigantes y, por extensión, en su función ejemplificadora, a la sociedad toda.

Asimismo, destaco el importante papel que la teoría de la argumentación debe cumplir al respecto.

Por último, propugno la inclusión, en el esquema clásico, además de los errores in iudicando, in procedendo e in cogitando, de los errores de ponderación.

EL DEBER DE FUNDAR RAZONABLEMENTE LAS SENTENCIAS (UNA INTERPRETACION CONTENEDORA)

I. INTRODUCCION

El art. 3 del CCCN dispone: ***“Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”***.

Más allá de cuestiones tales como si se trata de una norma procesal incluida en el Código sustancial, o de la regulación de la tutela judicial efectiva, a la luz del bloque de derechos y garantías integrantes del bloque constitucional federal, que justificaría su dictado por el Congreso de la Nación, lo cierto es que su interpretación ha llevado a algunos a sostener que se trata de la recepción de la **doctrina de la arbitrariedad**, acuñada por la Corte Nacional.¹

A su vez, desde la más Alta Judicatura se ha expresado “...Que la doctrina de la arbitrariedad tiene, actualmente, un fundamento normativo expreso en la exigencia de que la decisión judicial debe ser razonablemente fundada (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación).”²

No comparto ninguna de las dos afirmaciones, al menos, tal como han sido expuestas.

La primera, porque la noción de “arbitrariedad” es tan amplia que abarca supuestos que claramente escapan a una de las condiciones intrínsecas de validez de las sentencias, tal la fundamentación. Así, en aquella concepción jurisprudencial se incluyen v.gr. cuestiones atinentes a la regla de congruencia, o a la aplicación de normas derogadas, tergiversación de las constancias de la causa, omisión de tratamiento de argumentos

¹ **Tobías, José W**, en Alterini, Jorge H, Código Civil y Comercial Comentado, Ed. L.L. Buenos Aires, 2015, T I pág. 28. En igual sentido: **Lorenzetti, Ricardo**, comentario art. 3, en Lorenzetti, Código, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, pág 40.

² Voto del Dr. Lorenzetti, en “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional — Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología— en la causa Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/ juicio sumarísimo”, del 21 de octubre de 2021, Fallos 344:3057.

dirimentes, etc, que no se emparentan con el concepto de razonabilidad. Además, de triunfar tal punto de vista, la amplitud que acordaría al margen de acción del Juez podría llevarlo a sostener que, en todos los casos, sería posible efectuar un control de razonabilidad de las leyes, sin parar mientes en que la propia ley debe ostentar, prima facie, razonabilidad, por mandato constitucional (art. 28 Const. Nac). En otras palabras, se alteraría el sistema de separación de funciones de los Poderes Constitucionales que, entiendo, sigue vigente.

La segunda porque si fuera correcta, habría que entender que la doctrina de la arbitrariedad habría quedado reducida al sólo contralor de la fundamentación, en desmedro de todas las otras hipótesis en la que ha merecido aplicación.

Como fuere, no puedo acompañar a quienes sostienen, palabras más, palabras menos, que "...la necesidad (del Juez) de acudir a criterios estimativos no constituye la excepción, sino por el contrario, es la **regla general**, y esa necesidad se produce incluso en aquellos casos respecto de los cuales el derecho positivo contiene una regla explícita de fácil aplicación para resolver el caso planteado...".³ O también "... la solución de los casos concretos no se trata entonces de una rígida custodia de las reglas legales positivas, sino de una búsqueda dinámica, flexible y constructiva de la decisión justa (correcta). Así, **la función judicial es esencialmente, constructiva, creativa, innovadora**".⁴

Si esto último fuera real, habría que acordar razón a quienes, hace un tiempo, aludían al "juego del gato y el ratón", donde el gato (Juez) jugaba sin misericordia con el pobre ratón (los litigantes), atrapándolo y dejándolo ir, para, nuevamente, volver a atraparlo, sin regla alguna.⁵

¡Cuánta incertidumbre se crearía! ¡Cuán lejos estaría la previsibilidad esperable de las decisiones jurisdiccionales! ¿Se vendrán decisiones judiciales basadas en el propio concepto de razonabilidad de cada Juez?. ¿Se estará abriendo la puerta para una total discrecionalidad, cuando no, arbitrariedad judicial?

³ **Minetti Kern**, Luciano. "El nuevo rol de los jueces a partir del Código Civil y Comercial de la Nación. Nuevos paradigmas y desafíos. Apertura hacia un sistema de soluciones más justas" L.L. Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016 (julio), pág. 1 y sgts.

⁴ **Riba**, Marina Andrea, El pensar de los jueces . Elementos de razonamiento judicial", Ed Advocatus, Córdoba, 2018, pág. 191.

⁵ **Chaumet**, Mario E. – **Meroi**, Andrea A, "¿Es el derecho un juego de los jueces?" LL, 2008-D-717.

Por eso, sostengo una interpretación más limitada del texto legal, como paso a desarrollar a continuación.

II. EL CRITERIO DE RAZONABILIDAD SE APLICA TANTO AL DERECHO COMO A LOS HECHOS.

Si el deber de fundamentar las sentencias se refiere tanto a la valoración de la prueba, a fin de establecer los hechos, como a la interpretación y aplicación del Derecho, debe concluirse que la pauta de razonabilidad contenida en el art. 3 del CCCN se aplica a **ambos**.

Aunque un primer impulso lleva a situar el meridiano en lo segundo, no puede obviarse que una resolución jurisdiccional puede incurrir en irrazonabilidad al tiempo en que se establece la base fáctica del litigio. En otros términos, pretendo no caer en la “falacia normativista”.⁶

III. ¿CUAL ES EL MANDATO EXPLÍCITO DEL LEGISLADOR RESPECTO DE LA RAZONABILIDAD JURISDICCIONAL?

Una primera pauta para saber en qué casos está autorizada la aplicación de la “razonabilidad jurisdiccional” la brinda el propio ordenamiento sustantivo, del que rescato algunos supuestos, tales como los contenidos en los arts. 107⁷, 1172⁸, 1255⁹ y 1713¹⁰, 1739¹¹.

⁶ **Chaumet**, Mario E. Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017 pág. 308, siguiendo a González Lagier, Quaestio facti- Ensayos sob repueba, causalidad y acción”, pág. 11 y sgts). Sobre el punto, resulta de ineludible consulta: **Meroi**, Andrea A, Argumentación para la prueba de los hechos, Ed. Astrea, C.A.B.A. 2021, passim.

⁷ “Ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo **fundar razonablemente** los motivos que justifican dicha idoneidad”

⁸ “Están legitimados para reclamar quienes acreditan un **interés razonable** en la prevención del daño”. (acción preventiva)

De tal modo, es el Legislador quien, consciente de la imposibilidad de establecer pautas normativas rígidas, concede al Juez la tarea de establecer la solución jurídica para el caso concreto.

IV. LA INTEGRACION DEL SISTEMA NORMATIVO.

En el camino emprendido se torna necesario tener en cuenta otras situaciones, que derivan de las **lagunas normativas en sentido estricto**, esto es, cuando un determinado conflicto jurídico no encuentra solución directa de los textos legales.

En tales supuestos, el Juez debe llenar el “bache” dejado por el Legislador y proveer a la solución, meritando el ordenamiento jurídico todo, y teniendo en cuenta las pautas que el C.C.y C. relativas a las fuentes (art. 1º) y métodos de interpretación (art. 2º) aplicados –estos últimos- como métodos de integración, en una concepción ampliada del último texto legal.

Esto ocurrió, v.gr. en un supuesto de negativa a otorgar la autorización para la fecundación post mortem del donante de espermia, solicitada por sus padres y la conviviente.¹²

V. EL QUIEBRE INSTITUCIONAL DEL SISTEMA NORMATIVO

⁹ “....Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar **equitativamente** la retribución”.

¹⁰ “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe **ponderar** los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

¹¹ “...La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea **razonable** y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador

¹² CNCiv. Sala B. in re “D., M.H. y otros s/ autorización” del 3 de abril de 2018, L.L., cita on line AR/JUR/12809/2018.

Por fin, en otros supuestos, la aberrante contradictoriedad de algún precepto legal con relación al sistema **constitucional y convencional** (que contempla a los principios generales del Derecho), o su manifiesta **irrazonabilidad** (que no es lo mismo que dudosa opinabilidad),¹³ es otro de los ámbitos donde, afirmo, tiene amplia cabida la aplicabilidad de la norma en análisis.

VI. LA FUNDAMENTACION RAZONABLE CON RESPECTO A LOS HECHOS.

Si de aplicación del sistema valorativo de la prueba, basado en la sana crítica racional se trata, es claro que juega un papel preponderante la razonabilidad de la fundamentación, aspecto sobre el cual –por conocido- no me detengo.¹⁴

VII. CONCLUSION PROVISORIA.¹⁵

¹³ Como ocurre cuando se advierte la presencia de una laguna axiológica, que se configura cuando el legislador otorga una respuesta igualitaria a dos situaciones que debieron tener un tratamiento diferenciado.

¹⁴ Vgr. para justificar por qué se prefiere a un testigo sobre otro, o se siguen las impugnaciones expuestas por el perito de control, por sobre la pericia oficial, etc. En el punto, no puedo dejar de recordar a Hernando Devis Echandía, quien en su Teoría general de la prueba judicial, se ha ocupado con profundidad y versación sobre estos aspectos.

¹⁵ Para ir adelantando la conclusión, advierto que comparto el siguiente punto de vista: “Es manifiesto, entonces, el cambio entre un Código y su sucesor; en el antiguo texto debió haber existido una disposición legal clara para cada conflicto, lista para que el magistrado la utilice; en cambio, en el actual, el juez debe construir la solución en base a los lineamientos que le provee la norma”

“Todo ello es fundamental para comprender el esquema del Código; los jueces no han sido convertidos en augures que, luego de escudriñar las vísceras del toro inmolado en honor a Júpiter, pronunciarán una sentencia final e inapelable. Muy por el contrario, se les ha otorgado muchas mayores facultades para el conocimiento de las controversias y mucha más libertad para levantar soluciones, pero también se han establecido normas mucho más precisas para la elaboración de los razonamientos que sirven de fundamento a la parte dispositiva del fallo.”

“En consecuencia resulta necesario por exigencia legal y constitucional dotar de claridad a los argumentos y, paralelamente, justificar las razones, con el fin de que el justiciable posea una sentencia debidamente motivada con la cual podrá o no conformarse” (Nícotera, Marcelo Andrés “Normas de interpretación, ley, derechos humanos y fundamentales, principios y valores, razonabilidad y coherencia” en Gozáni, Osvaldo Alfredo (Director) Cuestiones procesales del

Luego, concluyo -por ahora- que el **test de razonabilidad**¹⁶ debe ser utilizado por el Juez cuando la propia ley lo autoriza, o cuando derrotada la vigencia de una norma, declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad mediante, debe proveerse a la solución del caso, o aún sin tal declaración, cuando es necesario integrar el sistema, ante la presencia de una laguna en sentido técnico.

Todo lo anterior desde el punto de vista del Derecho y, respecto de los hechos, al meritarse los medios probatorios cuya valoración se rige por el sistema de la sana crítica racional, también habrá que hacer uso de la regla de la razonabilidad, prevista normativamente.

Entonces, la aplicación de la “razonabilidad” no luce como pauta de generalizada aplicación, sino en determinados supuestos.

En ese orden de ideas, se ha sostenido que “los **casos fáciles** son resueltos mediante la deducción de reglas, mientras que en los **casos**

Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 67 y sgts.).

En esa línea se ha sostenido que “...el contenido de razonabilidad del artículo 3ro del Código Civil y Comercial responde a la postura crítico racionalista o, cuando menos, creemos que debe interpretarse el artículo 3ro del Código Civil y Comercial en función de un modelo crítico racionalista de la razonabilidad *dados los postulados axiológicos de la democracia constitucional y los problemas de las restantes concepciones de la razonabilidad*. Una decisión judicial se encuentra *razonablemente fundada* en tanto y en cuanto constituye una *discusión o diálogo crítico* del juez, en relación a la posición o punto de vista sustentado, con todos sus potenciales antagonistas; y en cuanto las razones aducidas en la sentencia son producto, reflejo y anticipo de la discusión y métodos críticos. El juez postula la decisión judicial como una conjetura que intentará defender, mediante una discusión razonada y regulada –en particular, mediante *argumentos justificatorios*-. De todos sus potenciales antagonistas. Ello presupone que el juez ha alcanzado, a su vez, esta decisión mediante una discusión crítica interna y que, por ende, esa decisión judicial corresponde a la postura mejor corroborada de todas las posturas posibles que pudo concebir el juez” (Powell, Francisco Nicolás, “La razonabilidad procedural de la fundamentación de las decisiones judiciales. Comentario al art. 3ro del Código Civil y Comercial de la Nación”, <https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/handle/10908/744/browse?type=author&order=DESC&rpp=25&value=Powell%2C%C2%A0Francisco+Nicol%C3%A1s>, pág. 146)

¹⁶ Que supone, necesariamente, recurrir a la ponderación, actividad bien conocida respecto de los Derechos Fundamentales, pero también aplicable a casos diversos que debe resolver un Magistrado.

difíciles se deben utilizar principios y valores para acotar la discrecionalidad”.¹⁷

De no poner ese límite, habría que sostener la ilimitada utilización de los criterios de ponderación, y afirmar, con criterio laxo que la conjunción de los arts. 2º y 3º del C.C. y C. permiten al Juez juzgar con su propio concepto de razonabilidad no sólo los hechos, sino también la ley, aún con prescindencia de la voluntad legislativa, lo que resulta inconcebible.

Cabe destacar que, para cumplir con el standard de la “razonable fundamentación”, en los límites expuestos en este trabajo, resulta de ineludible aplicación la **teoría de la argumentación jurídica**.

El juez deberá recurrir a la misma para mostrar en su discurso, por qué la decisión que adopta es preferible antes que otra.

VIII. LA INCLUSION DE UN NUEVO SUPUESTO DE ERROR INVOCABLE, RESPECTO DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES.

A los ya conocidos (y reconocidos) errores in iudicando y errores in procedendo (de hecho y de Derecho, ambos), se sumaron los errores in cogitando (en el pensamiento del Juez).¹⁸

Hoy es preciso agregar los “**errores de ponderación**”, esto es, aquellos que comete el Juez en su tarea de fundar “razonablemente” su sentencia.

La invocación de su presunta existencia podrá hacerse valer a través de los diversos recursos previstos en los ordenamientos procesales.

IX. PROPUESTA DE DECLARACION.

Atento lo expuesto, propugno que el Congreso declare que:

¹⁷ **Lorenzetti, Ricardo**, Código Civil y comercial de la Nación, comentado, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014, T. I. pág. 42.

¹⁸ Sobre estos últimos, con desprecio: Falcón, Enrique M, en Falcón, Enrique M – Colegio, Juan P, Tratado de derecho procesal civil y comercial, T. VIII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, ps.110 y sgts.

“El art. 3 del C.C.C.N., en cuanto impone al Juez fundar razonablemente su decisión, no constituye una norma de aplicación generalizada, sino cuando el propio ordenamiento así lo autoriza, o cuando deba integrarse una laguna normativa en sentido técnico, o cuando, declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad mediante, deba integrarse el sistema jurídico”.

“También resulta aplicable para la valoración de la prueba rendida, en tanto no exista norma en contrario (prueba legal o tasada)”.

“Debe reconocerse que, a la par de los errores in iudicando, in procedendo e in cogitando, se sitúan los errores de ponderación”.