

# LA RECONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO\*

## RECONFIGURATION OF LEGAL SYSTEM OF SOURCES IN THE ARGENTINE PRIVATE LAW

*María Laura Estigarribia Bieber\*\* y Cristian Ricardo A. Piris\*\*\**

**Resumen:** En sus orígenes el sistema de fuentes del derecho privado argentino era simple y autosuficiente, todo el derecho privado se hallaba en los códigos. Ese sistema se vio alterado con la aprobación de leyes especiales, para luego verse afectado por los procesos de constitucionalización y la internacionalización de las fuentes. Esos fenómenos generaron un nuevo sistema mucho más complejo, que no fue asimilado totalmente por los operadores jurídicos. El Código Civil y Comercial consagró definitivamente el nuevo sistema de fuentes. Lo que nos obligará a pensar el derecho privado desde otro paradigma. En este artículo se analiza la reconfiguración de fuentes a partir del novel *corpus iuris*.

**Palabras-clave:** Fuentes del derecho - Constitucionalización - Internacionalización - Código Civil y Comercial.

**Abstract:** Originally, the system of legal sources of argentine private law was simple and self-sufficient, all private law was in the codes. That system was altered with the approval of special laws, and then was affected by the processes of constitutionalizing and internationalization of the sources. These phenomena generated a more complex new system, which was not fully assimilated by legal operators. Civil and Commercial Code finally established the new system of sources. That will force us to think private law from another paradigm. This article discusses the reconfiguration of sources is analyzed from the novel *corpus juris*.

---

\* Trabajo recibido el 19 de mayo de 2016 y aprobado para su publicación el 4 de julio del mismo año.

\*\* Abogada. Doctora en Derecho. Profesora Titular por concurso en Derecho Privado I de la Universidad Nacional del Nordeste. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. E-mail: mlestirribia@eco.unne.edu.ar.

\*\*\* Abogado. Magister en Derecho Privado. Doctor en Derecho. Posdoctorado en Derecho (Universidad Valladolid). Profesor Adjunto por concurso en Derecho Privado en la Universidad Nacional del Nordeste. Premio Vélez Sarsfield de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales-Tesis sobresalientes. E-mail: cpiris@unne.edu.ar.

**Keywords:** Legal sources - Constitutionalizing - Internationalization - Civil and Commercial Code.

**Sumario:** I. Introducción.- 1. Precisiones terminológicas, planteo del problema e hipótesis. 2. El Código Civil y Comercial.- II. Desarrollo. 1. El principio de supremacía constitucional. 2. Las implicancias de la constitucionalización e internacionalización del Derecho Privado. 3. Costumbre y jurisprudencia.- III. Conclusiones.- IV. Bibliografía.

## I. Introducción

### 1. Precisiones terminológicas, planteo del problema e hipótesis

La expresión fuentes del Derecho es altamente ambigua y gran parte de las discusiones suscitadas en este ámbito han provenido de la utilización equivocada de este enunciado en sus diferentes acepciones. Por fuentes del derecho se ha entendido (1):

- Significado 1: Fuente de conocimiento de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.).
- Significado 2: Fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía).
- Significado 3: Autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, Pueblo).
- Significado 4: Acto concreto del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.).
- Significado 5: Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de derecho.
- Significado 6: Forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, etc.).
- Significado 7: Fundamento de validez de un derecho subjetivo.

En el presente trabajo utilizaremos el término fuentes del derecho en el significado 6, ello implica que asumiremos un enfoque iuspositivista, motivado principalmente por cuestiones metodológicas.

Resulta de indudable importancia establecer jerarquías y ámbitos de aplicación a las distintas fuentes como una manera de fijar un orden entre ellas, de forma tal de poder subsanar casos de conflictos. El principio de supremacía constitucional, la pirámide jurídica, la distribución de competencias (por ej. Nación - provincias) implican modos de ordenación de las fuentes.

Tradicionalmente, en el derecho interno de los Estados modernos no existían mayores conflictos en este sentido, pero en los últimos decenios empezaron a aparecer situaciones que perturbaron esa tranquilidad, como ser la constitucionalización, transnacionalización (internacionalización y supranacionalización) de las fuentes del

---

(1) MARTÍNEZ PAZ, F, *Introducción al Derecho*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, pp. 343-344.

Derecho Privado, y en la actualidad el Código Civil y Comercial, que viene a introducir un nuevo paradigma que llamaremos “dialógico” (por su objetivo de *dialogo de fuentes*).

Esos fenómenos afectan a la jerarquía de las fuentes, sobre todo las de origen legal del Derecho Privado pero, como veremos, impacta en la jurisprudencia y la costumbre. No obstante ello, vamos a concentrarnos en las interacciones que se pueden dar en el marco de la fuente ley, obviamente en sentido material, entendida como toda norma jurídica general y obligatoria, emanada de autoridad competente.

En muchos ámbitos del mundo jurídico se puede apreciar una creciente constitucionalización del Derecho; es decir, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado hacia la Constitución. Desde el siglo XIX ese orden tuvo como eje esencial a la ley, pero en las postrimerías del siglo XX la Constitución del Estado empezó a reclamar un protagonismo inusual, al incorporar materias de neto corte iusprivatista.

Según los modelos decimonónicos la fuente por antonomasia del Derecho Privado eran los códigos, posteriormente esa situación fue cambiando. La realidad social demostró la imposibilidad de capturar toda la normativa necesaria para regular una materia jurídica en un solo cuerpo orgánico y sistemático de normas, como es un código. En un primer momento se fueron sancionando leyes especiales, luego microsistemas normativos y posteriormente estatutos personales (si bien con anterioridad ya existían algunos, como el Código de Comercio) que vinieron a modificar el panorama positivista del siglo XIX.

Explican Timm y Marzetti que en el período que va entre las dos grandes guerras mundiales “la estructura jurídica sufrió una alteración importante: si, de un lado, el Código Civil mantuvo su dogma de unidad, por el otro, las demandas sociales impuestas por la realidad exigieron una legislación más dinámica, efímera y adecuada a fin de asistir a las nuevas clases y grupos sociales emergentes: las leyes especiales” (2).

Un ejemplo muy claro -y extremo- de ese fenómeno es lo producido en el ámbito del Derecho Comercial argentino con el Código de 1862, que con el transcurso de los años se fue transformando en un *edificio abandonado*, dado que fue *vaciado* en su sistema por una innumerable cantidad de leyes especiales que fueron creando microsistemas por doquier, todos ellos por fuera de las previsiones del código, que ya no los contenía ni de modo formal.

Ya en los años ‘80 del siglo pasado, el jurista italiano Natalino Irti (3) empezó a hablar del inicio de una era de la descodificación, lo cual no se trataba de un dato menor en atención que para los países de tradición jurídica continental los códigos eran las columnas vertebrales de las distintas disciplinas jurídicas.

---

(2) BENETTI TIMM, L. y MARZETTI, M., “Descodificación, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿Es todavía útil el Código Civil?”, en *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, vol. 3 [2008], No. 1, artículo 2, p. 18. También disponible en Internet en: <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art2>. Fecha de consulta: 18/2/2016.

(3) IRTI, N., *La edad de la descodificación*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1992.

Como explica Rodríguez, siguiendo a Irti, la descodificación es un resultado del afán dirigista de la autoridad pública, que se erige en desmedro de la voluntad de los particulares. Eso se plasmó en legislación especial, que básicamente se trataba de normativas donde se daba forma a los objetivos considerados “deseables” por el propio legislador. Así, los códigos de Derecho Privado dejan de contener Derecho general para pasar a regular un Derecho residual (4).

No obstante lo expuesto, los problemas eran de método y técnica legislativa, porque todas las fuentes eran de una misma jerarquía; entonces, aparecía con fuerza la necesidad de sostener un sistema normativo coherente donde el código había dejado de tener la categoría de fuente exclusiva y excluyente.

Como explica Lorenzetti “el Derecho Civil codificado es autosuficiente, no necesita de otros textos para solucionar las disputas. Al tener una parte general ordenada, exporta instituciones y técnicas” (5).

En las postrimerías del siglo XX aparece una nueva situación que vino a introducir un elemento hasta el momento desconocido, como es la *constitucionalización* del Derecho Privado. Esto, más que una nueva causa de descodificación, como se la vio en un principio, constituía un fenómeno de mucho mayor entidad, nada menos que la irrupción de una nueva fuente en el Derecho Privado, y con la doble categoría de positiva (en el sentido de fuente formal) y suprema.

La constitución de Argentina de 1853-60 contenía algunas pocas referencias que podían incidir en el Derecho Privado, como ser la protección de la privacidad (art. 19), el derecho de propiedad privada (art. 17), derechos reconocidos a los extranjeros (art. 20), etc. Vale decir, la infraestructura y la estructura del Derecho Privado estaba en la ley, los mandatos constitucionales eran más bien marginales y solo imponían principios generales, de carácter eminentemente axiológico.

Esa situación cambió de manera sustancial a partir de la reforma de 1994, momento en que se incorporó el daño ambiental (art. 41), los derechos del consumidor (art. 42), con la consagración de derechos específicos, el *hábeas data* (art. 43), y los tratados internacionales enumerados en el art. 75 inciso 22 (6) al punto que Rivera reconoció que

---

(4) RODRÍGUEZ, E., “Vigencia del Código Civil en los inicios del nuevo siglo”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 - N°1. 2002, p. 139.

(5) LORENZETTI, R. L., “La descodificación y fractura del Derecho Civil”, en *La Ley* 1994-D-724.

(6) Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y

“por vía indirecta toda esa temática de Derecho Privado viene a tener ahora jerarquía constitucional” (7).

La modificación más trascendental se da en la concepción del rol que debe cumplir la Constitución del país; de ser básicamente un instrumento que se ocupaba de la organización del Estado, y que contenía un programa político y eventualmente un “*bill of rights*”, pasa a ser una Ley Fundamental en sentido jurídico, no solo político o social. La Constitución deja de ser solo una herramienta política, para ser también una herramienta jurídica. La Constitución es Derecho aplicable, con jerarquía suprema.

Históricamente, el Derecho Constitucional se ocupó de la estructura del poder y de los derechos de los ciudadanos frente al Estado, rara vez intervenía en las relaciones entre particulares. Las cuestiones de las relaciones privadas o de la justicia particular eran ámbitos propios del Derecho Privado.

En lo que se refiere al Derecho Privado nacional, la Constitución establecía un marco jurídico, principios generales orientadores que debían servir de fuente de inspiración -y límite- de la acción del legislador.

Esta situación que para nosotros resultó novedosa a partir de la reforma de 1994, ya existía en Europa, al punto que se venía desarrollando un movimiento que estudia el denominado Derecho Civil Constitucional, o también denominado Derecho Constitucional Civil según donde quieran los autores poner el acento, que se generó en el período de la segunda posguerra en países como Italia, Alemania, Francia y, posteriormente, también España.

Favoreau explica que “en Francia, el proceso de constitucionalización sólo se pudo desarrollar, aún si estaba parcialmente iniciado desde antes, a partir del momento en que las disposiciones constitucionales aplicables fueron sacadas de la Declaración de los derechos humanos y del ciudadano de 1789, del Preámbulo de la Constitución de 1946 y de las normas fundamentales reconocidas por las leyes de la República. Las normas constitucionales sólo estuvieron en condiciones de irrigar las distintas ramas del derecho cuando se empezaron a explorar los yacimientos de reglas susceptibles de ser aplicadas a los individuos o usadas por ellos. Es entonces a partir de 1970-71 -y por ejemplo de la decisión fundadora del 16 de julio de 1971- que existe una de las condiciones existenciales del desarrollo de la constitucionalización, considerada en todas sus dimensiones” (8).

---

deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

(7) RIVERA, J. C., “El derecho privado constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7. Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 36.

(8) FAVOREU, L. J., “La constitucionalización del Derecho”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XII, agosto 2001, p. 34. También disponible Internet: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-0950. Fecha de consulta: 15/2/2016.

Otra cuestión, que también afecta al sistema de fuentes, es la creciente *internacionalización* del Derecho Privado. En la lógica decimonónica no había mucho lugar para pensar en fuentes externas, dado que los órganos legisferantes eran aquellos con potestad para dictar los códigos; es decir, básicamente nacionales.

En lo que refiere a la situación puntual de nuestro país, la aprobación de tratados internacionales que regulaban materias propias del derecho privado no generó mayor inquietud en la dogmática privatista por dos cuestiones, tenían rango similar a las leyes -en realidad no se discutía su subordinación constitucional, pero había un entredicho sobre su posible prioridad sobre las leyes, en la cual la jurisprudencia de la CSJN fue cambiante- en la pirámide jurídica nacional, y sobre todo eran escasos, es decir, su incidencia era más bien tangencial en el contexto de las fuentes. Pero esa situación viene a cambiar con la reforma constitucional de 1994, dado que les reconoce jerarquía superior a las leyes, y a un número importante de tratados internacionales sobre derechos humanos les otorga rango constitucional. Vale precisar que ese número puede incluso ampliarse sin necesidad de reforma constitucional, para ello se requiere el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso (art. 75, inc. 22 CN).

En sentido similar, la Constitución se encargó de precisar que tendrán jerarquía superior a las leyes, no solo los tratados de integración de los cuales la Argentina sea parte, sino las normas derivadas de organismos supranacionales creados en su consecuencia. Esto puede implicar la eventual *comunitarización* o *supranacionalización* del Derecho Privado, y utilizo el modo potencial porque Argentina forma parte de un proceso de integración regional en marcha como es el MERCOSUR, que hasta la fecha no ha creado organismos supranacionales, pero es dable esperar que en algún momento pueda ocurrir, dado que entre sus objetivos está la constitución de un mercado común y siguiendo la experiencia europea, el funcionamiento de un mercado de esa naturaleza requiere de órganos supranacionales que lo regulen.

## **2. El Código Civil y Comercial**

Si bien la problemática señalada más arriba se hallaba presente antes de la sanción del Código Civil y Comercial, este vino a puntualizar los términos del nuevo escenario.

Los tres primeros artículos del Código, no sólo señalan el sistema de fuentes, sino el modo en que debe interpretarse el Derecho en ese marco.

Estábamos situados en una cultura positivista muy fuerte, es decir muy apegada a la interpretación del texto de la ley. Pero ahora nos encontramos frente a un cambio de esquemas, no solo de regulaciones. Hay un cambio de paradigmas en marcha. El nuevo Código pretende construir una plataforma de principios, una base flexible que se pueda adaptar a los tiempos futuros, por eso vemos su articulación con el bloque constitucional, la obligatoriedad de observar la finalidad de la norma, la exigencia de reparar en los principios y valores jurídicos como un modo de asegurar coherencia en todo el ordenamiento, y desde luego la metodología interna del Código, que construye el sistema a partir de una parte general, que en realidad no es solo del Código sino de todo el Derecho Privado y, luego, partes generales de cada materia, y microsistemas que provienen de leyes especiales.

A partir del nuevo Código ningún artículo podrá interpretarse en forma aislada. El Código se presentó como un sistema de normas articulado verticalmente con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, así como con los micro-sistemas autosuficientes, sin descartar las normas contractuales, los usos, prácticas y costumbres, los precedentes -más allá que no estén previstos específicamente- y los principios y valores. Aún más, en el final del texto de su artículo 2º, se agrega que dicha interpretación deberá ser realizada “de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Esto resulta conteste con lo establecido en su artículo 3º, cuando determina que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión *razonablemente fundada*”, razonabilidad que tendrá su correlato en la aplicación del proceso lógico, unido a la articulación de *todo el ordenamiento*. Esto constituye un giro copernicano respecto de aquella conducta exigida, de subsumir el caso en la norma expresa; de la tarea de simplemente aplicar la ley se pasa ahora a la necesidad de construir una solución para cada caso, considerando el amplio espectro de cuestiones jurídicas y axiológicas a las que remite la nueva legislación.

En este sentido, podemos sostener, siguiendo a Nino, que los jueces son funcionarios “cuya opinión es privilegiada en cuanto a la aplicación de una norma a un caso, puesto que el pronunciamiento de esa opinión es condición para que se hagan efectivos los efectos que las normas establecen” (9). “El cuerpo judicial tiene a su alcance un admirable complejo de presupuestos y técnicas de argumentación suministrados por la “ciencia jurídica”, que le permite cumplir la función de reelaborar las normas generales y, al mismo tiempo, hacerlo en forma no manifiesta” (10).

Recordemos que “los métodos interpretativos constituyen en la práctica un repertorio de recursos -cuya objetividad científica no hace mayormente al caso- que permiten al juez buscar una expresión objetiva de las tesis axiológica que desea efectivizar al sentenciar” (11).

Con el nuevo Código, el juez deberá ponderar, sopesar, integrar, como lo hace un juez constitucional cada vez que dos derechos de igual jerarquía entran en conflicto. Hay un juego de relaciones y se pretende lograr el difícil objetivo del *diálogo entre fuentes, que impone el control de constitucionalidad y el convencionalidad*.

La jurista brasileña, Claudia Lima Márquez realiza atinadas observaciones respecto de esta postura, poniendo de manifiesto que con la corriente positivista, que tiene una estructura jerárquica y con claras normas de prioridades, tenemos un *monólogo de fuentes*, puesto que sólo una puede resultar aplicable (la posterior, la especial, etc.); sin embargo, sostiene que en el siglo XXI, corresponde realizar el mencionado *diálogo de fuentes*, incorporando los valores y principios para, de esa manera, poder obtener la tan ansiada coherencia en los fallos y en el sistema jurídico de derecho privado. El nuevo

---

(9) NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 246.

(10) NINO, C. S., *ob. cit.*, p. 305.

(11) VERNENGO, R. J., *Curso de teoría general del derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires. 1976, p. 416.

orden establecido por el Código Civil y Comercial responde al nuevo paradigma del Pluralismo jurídico que, sostiene, intenta aplicar el Código Civil y Comercial, alumbrado por la Constitución Nacional (ambos determinando, además de la norma, los principios y valores), en consonancia con los microsistemas, “con alma (ratio) y con calma” (12).

## II. Desarrollo

### 1. El principio de supremacía constitucional

Para abordar el problema del sistema de fuentes del Derecho Privado originado a partir de los nuevos fenómenos de la constitucionalización e internacionalización, debemos empezar por analizar el principio de *supremacía constitucional*, que constituye su principio básico.

Sostener que la Constitución es suprema tiene, al menos, tres implicancias básicas:

- a) En primer lugar, importa afirmar que la Constitución es la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, y por ende se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica.
- b) En segundo término, significa que la Constitución es la fuente de la cual emanan las demás normas que integran el ordenamiento jurídico de un Estado.
- c) El tercer aspecto se distingue del anterior y consiste en derivar de la Constitución el criterio de validez de cualquier norma jurídica positiva. Se dice que una norma o acto jurídico serán válidos sólo en tanto y en cuanto se funden válidamente en otra norma o acto superior también válidos, hasta llegar a la Constitución, fuente última de validez de toda norma jurídica.

Desde el punto de vista de la supremacía constitucional, la constitucionalización del Derecho Privado genera problemas de conexidad y complementariedad, es decir, problema de relación entre fuentes. También la internacionalización genera situaciones similares, dado que los Tratados Internacionales tienen rango constitucional si son de Derechos Humanos consagrados con tal carácter, y en los otros casos tienen un rango infraconstitucional pero superior a las leyes.

### 2. Las implicancias de la constitucionalización e internacionalización del Derecho Privado

En general, cuando una Constitución refiere a alguna materia propia del Derecho Privado, está estableciendo una fuerte relación vertical entre normas constitucionales y normas de Derecho Privado. Puede tratarse de una mera declaración de principios, o bien contener aplicaciones concretas, pero en todos los casos hay una situación de subordinación jerárquica que no puede desconocerse.

---

(12) LIMA MÁRQUES, C., Conferencia sobre el tema “El diálogo de las fuentes en el derecho del consumidor”, pronunciada en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor, en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, realizado en la ciudad de Santa Fe, Argentina, los días 2, 3 y 4 de septiembre de 2015, organizado por la Universidad Nacional del Litoral (UNL) y el Instituto Brasileño de Derecho y Política del Consumidor (BRASILCON). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=tvIE5L7xkdw>. Fecha de consulta: 19/2/2016.



En nuestro país la internacionalización es una consecuencia de la constitucionalización, dado que nuestra Constitución ha dispuesto dar rango constitucional a determinados tratados sobre Derechos Humanos. En tal sentido se ha dispuesto que “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (artículo 75, inciso 22).

Como puede apreciarse, esos tratados contienen disposiciones a las cuales debemos sujetar la validez de las normas inferiores como si se tratase de la Constitución misma, con la única salvedad que no pueden interpretarse derogando ningún artículo de la primera parte de la Constitución, y por tanto deben entenderse complementarios de los derechos y garantías allí reconocidos. Es decir, cuentan con un rango constitucional *sui generis*, inferior en fuerza vinculante a las normas de la primera parte de la Constitución, resultando imposible que exista colisión entre Tratados Internacionales de Derechos Humanos y parte Dogmática, dado que ésta última prevalecerá siempre.

Pero la internacionalización no se agota en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, también se ha establecido que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” (artículo 75, inciso 22).

Finalmente, también se ha dispuesto que las normas dictadas en consecuencia de Tratados de Integración, que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, tendrán jerarquía superior a las leyes (artículo 75, inciso 24). Si bien aún no se han dado casos de estos, es menester tenerla en consideración, atento la posibilidad de creación de una nueva fuente legal para el Derecho Privado, las normas emanadas de órganos supranacionales.

Si bien la jerarquía de las normas está fuera de discusión, una de las perplejidades que trae aparejado este nuevo fenómeno es el referido al contenido del Derecho Privado originado en esta nueva fuente. Por un lado estamos habituados a un Derecho Privado de fuente legal (en sentido estricto) bastante detallado, suficientemente explicativo, al punto que hablamos de lagunas cuando se omiten previsiones puntuales (13). En cambio, el Derecho Privado de fuente constitucional es más abstracto, general y abarcativo, lo cual es razonable porque obedece a otra lógica, se encuentra enderezado a otros fines y tiene un método de redacción normativa diferente.

---

(13) ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 45-49.

La impregnación constitucional del orden jurídico se da por tres vías, porque la Constitución sirve de fuente del Derecho de manera múltiple; para el legislador, que a través de las leyes reglamentan y, en muchos casos, operativizan los principios constitucionales -en cuyo caso se trata de una fuente mediata-, para los jueces, que deben incorporar en el estudio del caso un espectro más amplio de normas, enriquecido por valores y principios y aplicarlos e integrarlos para tomar la decisión en el caso concreto; como para los particulares, que pueden reclamar la aplicación directa de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, considerados operativos.

En ese sentido, la innovación más sustancial consiste en que la Constitución se erige como fuente de aplicación directa e inmediata. Sus principios pasan a detentar contenido imperativo para cualquier individuo u órgano público, independientemente de la existencia de una norma legal que la concrete. En ese sentido, la ley ha perdido su función de ineludible mediadora.

Quizás por lo relativamente reciente del fenómeno, todavía no queda suficientemente claro si la Constitución declara y garantiza derechos subjetivos privados, o por el contrario articula un Derecho Objetivo Privado. En el medio de esta distinción queda “flotando” el rol que pasan a cumplir nuestros códigos y los territorios inexplorados de un eventual activismo judicial. Volveremos sobre este punto.

Una de las cuestiones que no podemos obviar es que el sistema de fuentes establecido en el art. 1 del Código Civil y Comercial ha variado sustancialmente lo dispuesto en el art. 16 del Código de Vélez, no solo porque los derechos constitucionales con contenido civil se han puesto por encima de la ley civil, sino también porque los principios constitucionales pasan a informar “los principios y los valores jurídicos” que refiere el artículo 2. Algunos autores hablan de una tipificación constitucional de los Principios Generales del Derecho (14), es decir, ya no tenemos que buscarlos en la historia, en la recta razón o escritos de manera cifrada entrelíneas en los textos legales, sino directamente plasmados en la Constitución.

No es posible desconocer que la Constitución de 1853-60 formaba una tríada con los Códigos de Derecho Privado, el Comercial de 1862 y el Civil de 1871. Cuando nos referimos a tríada hacemos alusión a un sistema normativo completo y coherente, con relaciones verticales y horizontales bien delimitadas. Existía conexidad y complementariedad entre ellos; está claro que los animaba una misma cosmovisión y apuntaban a mismo objetivo. Desde este punto de vista, no es casual que la Constitución de 1949 diera origen al proyecto de reforma del Código Civil de 1954, o que el *aggiornamento* constitucional de 1957 pudiera inspirar a la reforma de 1968 producida por la ley 17711.

En este contexto, es necesario reconocer que las novedades introducidas por la reforma de 1994 recién se pueden ver reflejadas en este nuevo Código Civil y Comercial unificado, más allá de las modificaciones adaptativas sufridas por los microsistemas y leyes especiales.

---

(14) RODRÍGUEZ, E., “Vigencia del Código Civil en los inicios del nuevo siglo”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 - N°1, 2002, p. 143.

Vale precisar que el fenómeno que reseñamos en este título no tiene que ver con la *publicización* del Derecho Privado, ya que en algunos casos suele confundirse. No hay dudas que constitucionalización e internacionalización suponen un avance del Derecho Público sobre las regulaciones privadas, pero *publicización* consiste en algo diferente, es la creciente intervención de los poderes públicos en las relaciones entre particulares. Expresa Larroumet que aquí solo se verifica un cambio en la regulación legal dado que una “legislación autoritaria y rígida ha reemplazado, en derecho privado, a una legislación liberal y flexible” (15).

Tal vez, el temor mayor de los privatistas no radique en los contenidos, sino en el modelo interpretativo que debe aplicarse al nuevo material normativo. “La indeterminación de los enunciados constitucionales, su generalidad, la necesidad de evaluar su realización mediante el juicio de proporcionalidad, entre otras cosas, son preocupaciones metodológicas que se plantean en relación a la constitucionalización del derecho privado dado que tal disciplina tendría sus propios cánones de argumentación apoyados, por ejemplo, en las pautas del Código Civil y en la mayoritaria conformación de sus estatutos mediante normas con estructura legal. La invocación del problema metodológico se encuentra vinculada al respeto de esquemas hermenéuticos que exigen la satisfacción de estándares apropiados de seguridad jurídica (...)” (16).

Vemos, sin embargo, una corriente de reconocimiento de ciertos derechos de carácter privado por parte de la normativa constitucional, por el cual, simplemente se les reconoce su importancia y trascendencia, otorgándole la máxima jerarquía de protección. Estaríamos, en el decir de Rivera, ante un Derecho Privado Constitucional, consistente en el reconocimiento de la calidad de fundamentales, de ciertos derechos de neto corte privado (17).

Sin embargo, el Código Civil y Comercial plantea un sistema más parecido al sostenido por el neoconstitucionalismo, que pregona un Estado de Derecho Constitucional del cual, “en una sucinta caracterización podríamos señalar tres notas definitorias: 1) la Constitución deja de ser un programa político y se reconoce como una verdadera fuente del derecho; 2) la Constitución se re-materializa o sustancializa cargándose de moral a través de principios, valores, fines o derechos humanos; 3) se crean jueces con la competencia de controlar a todas las normas jurídicas para constatar si son o no compatibles con la Constitución” (18).

“Claramente el proyecto (hoy Código Civil y Comercial) se inclina por esta visión subjetiva del derecho, con el matiz que dice hacerlo en nombre de una ética de los más vulnerables”. Esta definición tomada por la Comisión Redactora del Anteproyecto ha

---

(15) LARROUMET, C., *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado*, Legis. Bogotá, 2006, p. 46.

(16) CALDERÓN VILLEGAS, J. J., *La constitucionalización de derecho privado*, Temis. Bogotá, 2010, pp. 49-50.

(17) RIVERA, J. C., *ob. cit.*

(18) VIGO, R. L., “Fuentes del derecho. En el estado de derecho y el neoconstitucionalismo”, en *Revista La Ley* 24/02/2012.

sido tomada con criterio de realizar una discriminación positiva, a efectos de conseguir una igualdad “real” y no meramente formal.

“En verdad la postura que adopta va más allá de la noción clásica de derecho subjetivo, que avanzado el siglo XX pudo definirse muy genéricamente como “el interés jurídicamente protegido”, para avanzar en un claro individualismo, interpretando de este modo los derechos individuales, como un sistema de garantías, e identificando con el modelo garantista el paradigma del Estado Constitucional de Derecho” (19). Por tanto la visión se corresponde con la noción del estado de derecho constitucional.

Concretamente, la incorporación de los principios, como “mandatos de optimización”, en la concepción de Alexy (20), requieren de un gran protagonismo del operador jurídico, puesto que le obligan a construir una respuesta en el caso concreto, aplicando el “diálogo de fuentes”, sin dejar de lado las consideraciones de orden axiológico, principalmente basadas en el respeto de los derechos humanos. Debe realizar una construcción en que articule la solución normativa con la dimensión teleológica establecida en la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial. “Es que si el derecho es un ‘concepto interpretativo’ (Dworkin) o una ‘práctica argumentativa dialógica’ (Alexy), no puede sorprender aquella conexión de las fuentes con las respuestas y sus argumentos que las respaldan” (21).

Todo ello en el entendimiento que “los principios jurídicos proponen un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico, pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas” (22).

Resulta dable poner de resalto lo dispuesto por el capítulo 1, titulado Derecho, en el artículo 1 del nuevo Cuerpo Legal, al referirse a las fuentes y aplicación, cuando 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.*”

Por su parte, el artículo 2 dispone 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.*”

En tal sentido, resulta conveniente recurrir a los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, que establecen que también deben tenerse en cuenta

---

(19) LIMODIO, G., “Luces y sombras del título preliminar”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, El Derecho, Buenos Aires, 2012, Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/luces-sombras-titulo-preliminar-limodio.pdf>. Fecha de consulta: 12/8/2015.

(20) ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica, realizadas en San Sebastián, España, en 1988. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>. Fecha de consulta: 27/8/2015.

(21) VIGO, R. L., “Fuentes del derecho. En el estado de derecho y el neoconstitucionalismo”, en *Revista La Ley* 24/02/2012.

(22) VIGO, R. L., *Los principios jurídicos - Perspectiva jurisprudencial*. Depalma. Buenos Aires, 2000, pp. 1/5.

“los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores”, aclarándose que los mismos no tienen sólo un carácter supletorio... sino que son “normas de integración y de control axiológico” (aclaración esta mediante la cual se ampliaría también la función que parece asignarle la rúbrica del artículo 2 que se refiere sólo a la Interpretación).

La Comisión redactora ha precisado, asimismo, que esta solución estaría en línea con la jurisprudencia de la CSJN, la que reiteradamente ha descalificado las decisiones de los Tribunales inferiores por considerarlas manifiestamente contrarias a valores jurídicos, haciendo uso de “los principios que informan el ordenamiento” (he aquí otra función más asignada a los mismos, que viene a sumarse a las de interpretación, integración y control axiológico apenas referidas) (23). Por su parte, Lorenzetti, presidente de dicha Comisión, reconoce a los principios las siguientes funciones: a) integrativa, b) interpretativa, c) finalística, d) delimitadora y e) fundante (24).

Esto nos coloca ante un claro caso de plurijuridismo o pluralismo jurídico. “El vocablo plurijuridismo se emplea para atribuir una cualidad al ordenamiento normativo cuando en él existe “polisistemia simultánea”, que es el encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o “pluralismo jurídico”, que consiste en la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también en la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos” (25). Y “... también se expresa mediante la coexistencia de ordenamientos normativos “generales” (Códigos) y “especiales” (leyes microsistémicas, que pugnan por delimitar sus campos de actuación)” (26).

Es en este nuevo escenario que los jueces deberán realizar sus análisis, encuadres y tomar sus resoluciones, en el marco del *diálogo de fuentes*. Al respecto, nos ilustra Erick Jayme, autor de la teoría, quien “sostiene que las fuentes no se excluyen mutuamente, sino que hablan la una a la otra, y los jueces son los encargados de coordinarlas, son quienes deben escuchar lo que ellas dicen” (27). De aquí nace la concepción del *diálogo de fuentes* como herramienta fundamental para quienes tienen la delicada misión de administrar justicia.

---

(23) ESBORRAZ, D. F., “La referencia a los ‘principios y valores jurídicos’ en el Código Civil y Comercial”, publicado en *Roma e América, Diritto romano comune, Rivista di diritto del integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, vol. 34/2013.

(24) LORENZETTI, R. L., *Las normas fundamentales de Derecho privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 263.

(25) NICOLAU, N., “El Derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, publicado en *El Derecho Privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani*. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 423.

(26) HERNÁNDEZ, C. A., “Las diferentes manifestaciones del Plurijuridismo en el ámbito del Derecho Privado”, disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1120/1090>. Fecha de consulta 27/9/2015.

(27) JAYME, E., “Identité culturelle et intégration; le Droit International Privé postmoderne”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, año 1996, t. 251, p. 246, citado por NICOLAU, N., ob. cit. p. 426.

Recordemos que: “Calamandrei sostiene que las sentencias de los jueces deben, dentro de los límites de las posibilidades humanas, ser sencillamente justas; frente a la seriedad del fin práctico a que deben servir, que es el de llevar la paz a los hombres. Para ello, considera que la motivación de las sentencias es, verdaderamente, una garantía de justicia, cuando mediante ella se consigue reproducir exactamente, como en un croquis topográfico, el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a su conclusión; en tal caso, si la conclusión es equivocada, se puede fácilmente determinar, a través de la motivación, en qué etapa de su camino perdió el juez la orientación...” “No puede considerarse justa la decisión que derive de un proceso por el sólo hecho de poner fin al pleito, de resolver el conflicto, de descubrir la “verdad jurídica objetiva”, de haber respetado las formas, o de encontrarse correctamente motivada la sentencia, toda vez que todavía hace falta algo más, la sentencia podría igualmente resultar injusta si el juez no interpreta de un modo dinámico las normas, los principios, inclusive los precedentes que resulten aplicables, poniéndolos en correspondencia con las particularidades del caso concreto” (28).

“Los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada. Una respuesta concluyente a la cuestión de la única respuesta correcta sólo es posible refiriéndose a estos tres niveles” (29). Esta sería la respuesta al requerimiento impuesto por el artículo 3 del Código Civil y Comercial, que impone: “*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*”.

### 3. Costumbre y jurisprudencia

La segunda parte del artículo 1 del Código Civil y Comercial establece que “*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*”.

Resulta oportuno recordar que los usos, prácticas y costumbres refieren a la reiteración de una conducta, en circunstancias similares.

“Acaece, sin embargo, que la costumbre es uno de esos fenómenos sociales caracterizados por su generalidad y universalidad. En todos los grupos sociales, por el hecho mismo de la estrecha convivencia en un determinado territorio, surgen espontáneamente modos de conducta que permiten el entendimiento comunitario, y con ello el desarrollo pacífico y ordenado de la vida de sus integrantes. La costumbre es una manifestación esencial de la vida humana en sociedad, y su significado como fuente del Derecho es mucho mayor de lo que la teoría jurídica se siente inclinada a reconocerle, especialmente en los países de formación romanista” (30).

---

(28) GÓMEZ, M. E. y MORENO, R. S., “Interpretación de la ley y creatividad en el caso concreto” disponible en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/06/Civil-Doctrina-2015-06-22.pdf>. Fecha de consulta: 18/2/2016.

(29) ALEXY, R., ob. cit.

(30) CUETO RUA, J., *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 80.

Esta postura ha sido revertida en el Código Civil y Comercial, tal vez como parte de la influencia del Derecho Comercial, que otorgaba particular importancia a este factor, como fuente de Derecho.

Sin embargo, la jurisprudencia que, lógicamente, había sido incluida como una fuente en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial ha sido eliminada como fuente formal en el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo y en el texto definitivo del Código.

A pesar de ello, resulta claro que la jurisprudencia constituye una ineludible fuente del Derecho Privado. Muestra de ello es que muchas de las modificaciones e inclusiones realizadas en el cuerpo legal unificado han sido tomadas de la Jurisprudencia, que demostró un claro activismo judicial en los últimos tiempos, particularmente con la aplicación del bloque constitucional, considerando a sus disposiciones como operativas, lo que produjo cambios sustanciales en la defensa de los derechos fundamentales, en el ámbito del Derecho común.

### III. Conclusiones

Como es posible apreciar, hasta hace dos décadas atrás era admisible escribir sobre cualquier tema del Derecho Privado solo refiriendo a la ley, la jurisprudencia o la doctrina, y haciendo total abstracción de la Constitución o los Tratados internacionales. Hoy esto es impensable. Ha sido de tal magnitud la irrupción de las nuevas fuentes que debemos repensar todo el sistema, a partir de las nuevas jerarquías y relaciones que vienen a establecerse.

La constitucionalización e internacionalización del Derecho Privado son dos nuevos paradigmas, a partir de los cuales resulta necesario reconstruir nuestras instituciones jurídicas.

Básicamente, es necesario comprender que debemos salir de la seguridad y tranquilidad decimonónica para adentrarnos en un terreno incierto, que necesita todavía de una Teoría General remozada, que tome en cuenta las nuevas fuentes -actuales y por venir-, y las relaciones y jerarquías que se establecen entre ellas. Utilizando la jerga posmoderna, el sistema de fuentes ha salido del *estado sólido* -concreto, preciso, delimitado- para tornarse al *estado líquido* -fluido, blando, indeterminado-.

Hasta tanto no culmine este proceso que está en construcción, y por ende es inacabado aún, debemos contentarnos con ceñirnos a las pocas certezas que aún valen de la concepción tradicional y propender a una de *diálogo de las fuentes*, tal como lo indica el Código Civil y Comercial, en miras a lograr la coordinación entre ellas para obtener un sistema jurídico consistente, es decir, donde las lagunas, superposiciones, incoherencias, o redundancias sigan siendo la excepción y no pasen a ser la regla como antes del siglo XIX.

Cuando el reconocido jurista francés Favoreu se pregunta por los efectos de la *constitucionalización* del Derecho, afirma que “es probablemente demasiado temprano todavía para hacer un inventario completo de los efectos de la constitucionalización del derecho: este fenómeno es relativamente reciente y los primeros estudios sistemáticos

se están progresivamente realizando” (31); no obstante, reconoce que el impacto sobre el sistema de fuentes fue considerable, dado que dejó de ser esencialmente legislativo, en el sentido que la ley definía su propio campo de aplicación en referencia al reglamento y a la Constitución.

En todo caso, la constitucionalización del Derecho Privado exige una reflexión profunda que debe comprender distintas dimensiones de abordaje que excede lo normativo, y va desde lo descriptivo hasta lo analítico de la dogmática privatista y, al mismo tiempo, del Derecho Constitucional. Pero también exige al jurista privatista indagar en campos poco frecuentados como la voluntad del constituyente, los valores fundacionales, los principios fundamentales, el contexto socio-histórico existente al momento de la creación de la norma, etc.

Según entendemos, esta es una forma posible de compatibilizar estructuras institucionales modernas fuertemente arraigadas en nuestras concepciones colectivas con realidades posmodernas aun insuficientemente decantadas, pero que ya nos obligan a elaborar una nueva cosmovisión del mundo para poder comprenderlo mejor. Esta tarea será prioritaria en quienes administran justicia y verán sustancialmente alterado su sistema de trabajo, razonamiento y construcción de los fallos.

En todo caso, estos fenómenos no pueden pensarse desde una visión defensiva, como una pérdida de autonomía del Derecho Privado. De hecho lo es, pero la defensa de la autonomía de una rama del Derecho solo le quita el sueño a los círculos académicos más conservadores. Está demostrado que la mentada autonomía no garantiza mejor Derecho, ni mayor Justicia. Es necesario enfocar el asunto desde la necesaria comunicación que debe establecerse, de ahora en más, entre diversas ramas jurídicas -Derecho Público y Derecho Privado- que históricamente se han ignorado. En lo que hace al Derecho Civil, permitirá generar las condiciones necesarias para abandonar el dogmatismo escolástico que caracteriza a muchos estudios sobre la materia y abrir los códigos a interpretaciones filosóficas y consecuencialistas; en cuanto hace al Derecho Comercial, importará la necesidad de integración de sus sujetos, en normas que no son propias de su actividad y tienen un carácter más general.

Es prioritaria la construcción de un nuevo modelo interpretativo acorde al nuevo sistema de fuentes, sobre todo porque tenemos una Constitución Nacional muy presente en materia de Derecho Privado y que es muy exigente. Tanto es así que muchos juristas tienen la íntima convicción que es inaplicable en toda su extensión y profundidad, aunque nunca lo dicen claramente. Pero los recursos a los cuales se echa mano son por demás elocuentes, por ejemplo ideando la clasificación doctrinaria entre derechos “operativos” y “programáticos” (32); los primeros son derechos reales y efectivos, y los otros buenos deseos, meras promesas, que requieren de leyes que los reglamenten y políticas públicas que los implementen.

---

(31) FAVOREU, L. J., ob. cit., p. 39.

(32) GARGARELLA, R., *Carta abierta sobre la intolerancia*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 50-52.



De modo tal que solo puede reclamarse un derecho programático en el contexto de la ley reglamentaria y la política pública correspondiente, ejemplo claro el derecho a una vivienda digna. Resulta fácil advertir que se crean, por vía doctrinal y jurisprudencial, dos instancias de atenuación del mandato constitucional con el solo propósito de no hacer valer un derecho claramente reconocido.

Como podemos apreciar, ante una Constitución Nacional tan exigente, la estrategia ha sido la invisibilización de muchas de sus partes, justamente las más interesantes, las más protectorias, las más favorables a los vulnerables. Este es un juego de reglas sesgadas, que solo es posible con la connivencia de muchos cómplices. Y es una cuestión a la cual los civilistas han podido escapar amparándose en el viejo Código Civil, ensimismados en los vericuetos de la dogmática civil tradicional, y mirando esas disputas como propiedad exclusiva de los constitucionalistas. Pero el Código Civil y Comercial nos obliga a abrir los ojos a una realidad llena de tensiones y que ahora se disputan en nuestro propio campo.

Estos avances del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional se dan en un momento particular del Derecho Civil, cuando se hallaba excesivamente apegado a los textos normativos, generando una dogmática indiferente a la realidad social y los fundamentos que le dan origen a las instituciones jurídicas.

Coincidimos con Spector, cuando afirma: “[E]n la Edad Media, la doctrina jurídica iusprivatista comenzó a desarrollar una estructura teórica capaz de explicar y sistematizar el conjunto de las normas de Derecho Romano. Este proceso culminó durante los siglos XVIII y XIX con la redacción de los códigos civiles europeos y latinoamericanos. Luego que la codificación fue puesta en práctica, y completada con la sanción del Código Civil alemán (BGB), la ciencia jurídica comenzó a declinar en vitalidad intelectual. Aunque los juristas todavía trabajan en la sistematización de las normas codificadas y, en particular, de las decisiones judiciales que buscan ajustar el código a las nuevas circunstancias económicas, sociales y tecnológicas, esta actividad carece de la sofisticación teórica que marcó los estudios civilistas de la pre-codificación. En gran medida, esto se debe al hecho que los juristas civilistas completaron, a todos los efectos prácticos, el proceso de redescubrimiento y sistematización del Derecho Romano que sentó las bases para la codificación”. Luego, continúa explicando este autor que “en las últimas décadas, los juristas norteamericanos han producido una revolución intelectual al aplicar la economía y la filosofía moral al estudio de instituciones jurídicas particulares. Los analistas económicos del derecho y los filósofos del derecho compiten en tratar de ofrecer la explicación más exitosa de diferentes campos del *common law*. Los paradigmas resultantes han enriquecido la investigación jurídica de una forma sin precedentes” (33).

Decía el jurista argentino Colmo, allá por el 1920, que “el buen derecho, el derecho, ha de tener en cuenta los sentimientos colectivos, las enseñanzas de la economía, las

---

(33) SPECTOR, H., “Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado”, en *DOXA* N° 26 (2003), pp. 241-242.

prácticas en uso, las características locales, el ejemplo extraño, los mismos postulados de la filosofía, para que efectivamente sea derecho” (34).

Por todo lo expuesto entendemos que, de ahora en más, las investigaciones en materia de Derecho Privado deberán enfocarse en una perspectiva compleja. Parafraseando a Calabresi y Melamed (35), ya no será posible tener una sola visión de la catedral, so pena de incompletitud e insuficiencia. Por lo pronto, los estudios de las instituciones jurídicas privadas deberán abrirse a considerar sus implicancias constitucionales; es un buen comienzo.

#### IV. Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. Y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica, realizadas en San Sebastián, España, en 1988. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>.
- BENETTI TIMM, L. y MARZETTI, M., “Descodificación, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el código civil?”, en *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. Vol. 3 (2008), No. 1, artículo 2. También disponible en Internet en: <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art2>.
- CALABRESI, G. y MELAMED, D., “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral”, en *Estudios Públicos*, 63 (invierno 1996).
- CALDERÓN VILLEGAS, J. J., *La constitucionalización del derecho privado*, Temis, Bogotá, 2010.
- COLMO, A., *Tratado teórico práctico de las Obligaciones en el Derecho Civil argentino - De las obligaciones en general*, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920.
- CUETO RUA, J., *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
- DROMI, R., EKMEKDJIAN, M. Á. y RIVERA, J. C., *Derecho Comunitario. Sistemas de integración. Régimen del MERCOSUR*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- ESBORRAZ, D. E., “La referencia a los ‘principios y valores jurídicos’ en el Código Civil y Comercial”, publicado en *Roma e América. Diritto romano comune. Rivista di diritto del integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, vol. 34/2013.
- FAVOREU, L. J., “La constitucionalización del Derecho”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XII, agosto 2001, pp. 31-43. También disponible en Internet en: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-0950.
- GARGARELLA, R., *Carta abierta sobre la intolerancia*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2006.
- GÓMEZ, M. E. y MORENO, R. S., “Interpretación de la ley y creatividad en el caso concreto”. Disponible en: <https://dpcuanciano.com/sitio/wp-content/uploads/2015/06/Civil-Doctrina-2015-06-22.pdf> Fecha de consulta: 18/2/2016.

---

(34) COLMO, A., *Tratado teórico práctico de las obligaciones en el derecho civil argentino - De las obligaciones en general*, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, Prólogo.

(35) CALABRESI, G. y MELAMED, D., “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral”, en *Estudios Públicos*, 63 (invierno 1996), pp. 348-391.

- HERNÁNDEZ, C. A., “Las diferentes manifestaciones del Plurijuridismo en el ámbito del Derecho Privado”. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1120/1090>.
- IRTI, N., *La edad de la descodificación*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- JAYME, E., “Identité culturelle et intégration; le Droit International Privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, año 1996, t. 251, p. 246. Citado por NICOLAU, N., “El Derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”. Publicado en *El Derecho Privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- LARROUMET, Ch., *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado*, Legis, Bogotá, 2006.
- LIMA MÁRQUES, C., “El Diálogo de las fuentes en el derecho del consumidor”, Conferencia pronunciada en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor, en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, realizado en la ciudad de Santa Fe, Argentina, los días 2, 3 y 4 de septiembre de 2015, organizado por la Universidad Nacional del Litoral (UNL) y el Instituto Brasileño de Derecho y Política del Consumidor (BRASILCON). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=tvIE5L7xkdw> Fecha de consulta: 19/2/2016.
- LIMODIO, G., “Luces y sombras del título preliminar”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, El Derecho, Buenos Aires, 2012. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/luces-sombras-titulo-preliminar-limodio.pdf> Fecha de consulta: 12/8/2015.
- LOPRESTI, R. P., *Constituciones del MERCOSUR*, Ed. Unilat, Buenos Aires, 1997.
- LORENZETTI, R. L., “La descodificación y fractura del Derecho Civil”, en *La Ley* 1994-D-724.
- MARTÍNEZ PAZ, F., *Introducción al Derecho*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982.
- MONCAYO, G.; GUTIÉRREZ POSEE, H. y VINUESA, R., *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 1985.
- NICOLAU, N., “El Derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”. Publicado en *El Derecho Privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires. 1984.
- PALMERO, J. C. (compilador), *Cuestiones modernas de derecho civil*, Advocatus, Córdoba, 2011.
- RIVERA, J. C., “El derecho privado constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- RODRÍGUEZ, E., “Vigencia del Código Civil en los inicios del nuevo siglo”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 - N°1, 2002.
- RUIZ DÍAZ LABRARO, R. *MERCOSUR, Integración y Derecho*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- SPECTOR, H., “Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado”, en *Doxa* N° 26 (2003).
- VERNENGO, R. J., *Curso de teoría general del derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.
- VIGO, R. L., “Fuentes del derecho. En el estado de derecho y el neoconstitucionalismo”, en *La Ley* 24/02/2012.
- VIGO, R. L., *Los principios jurídicos - Perspectiva jurisprudencial*, Depalma. Buenos Aires, 2000.