

El juez civil desde el prisma del Código Civil y Comercial argentino

POR CECILIA SOLEDAD CARRERA(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Punto de partida.- III. El derecho: producto social.- IV. El Código Civil y Comercial argentino.- V. El juez: caracterización tradicional.- VI. El juez del Código Civil y Comercial argentino.- VII. Conclusiones.- VIII. Bibliografía.

Resumen: en 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial argentino. Uno de los desafíos que se les presenta a los jueces es asumir la consagración de los derechos humanos como fuente explícita del derecho civil y comercial y como criterio de interpretación. Este contexto jurídico alumbró una línea de investigación sociológica cuya finalidad consiste en indagar el estatus y el rol del juez que da lugar al nuevo Código, como así también conocer cuál es el margen de autonomía con que cuentan al momento de decidir los resultados de los litigios y en función de qué valores y principios ideológicos y jurídicos fundamentan sus pronunciamientos. Teniendo en cuenta las funciones judiciales instrumental, política y simbólica, la normativa civil y comercial se reflexionará sobre el juez y la delicada y necesaria función que desempeñan.

(*) Abogada. Notaria, Universidad Blas Pascal. Especializando en Derecho Judicial y de la Judicatura, Universidad Católica de Córdoba. Diplomada en Derecho Procesal Civil, Universidad Blas Pascal. Diplomada en Ética Judicial, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Poder Judicial de Córdoba. Diplomada en Metodología de la Investigación en el ámbito Judicial, Universidad Católica de Córdoba. Adscripta a la Cátedra de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta a la Cátedra de Derechos Reales, Universidad Blas Pascal. Prof. Tutora en Educación a Distancia, Derecho Registral I, Universidad Blas Pascal. Prof. Tutora en Educación a Distancia, Práctica Notarial, Universidad Blas Pascal. Prosecretaria Letrada en el Fuero Civil y Comercial, Poder Judicial de Córdoba.

Palabras claves: judicatura - rol del juez - cambio legislativo - ideas políticas

The civil judge from the prism of the Argentine Civil and Commercial Code

Abstract: *in 2015, the Argentine Civil and Commercial Code came into force. One of the challenges for judges is to assume the consecration of human rights as an explicit source of Civil and Commercial Law, and as a criterion for interpretation. This legal context illuminates a line of socio-legal investigation whose purpose is to investigate the state and the role of the judge to whom the new Code gives rise, as well as to know what is the margin of autonomy that he has to decide the trials, and what ideological values and principles and legal are the basis of their pronouncements. Taking into account the instrumental, political and symbolic judicial functions, and the civil and commercial code, the figure of the judge and the delicate and necessary role they play will be considered.*

Keywords: *judiciary - judge role - legislative change - political ideas*

I. Introducción

La relación inescindible entre el derecho y la sociedad es siempre dinámica. Los valores y las normas se ajustan de manera permanente conforme a razones de orden político, histórico, tecnológico, económico y, aún, ecológicos o naturales. Entre las causas que resultan de la voluntad humana están aquellas que generan un cambio deliberado en esa relación y cuya finalidad se orienta provocar una modificación estructural de la sociedad. Tal es el caso de las reformas constitucionales y legislativas. Ejemplo de ello se encuentra en el Código Civil y Comercial argentino. Los cambios que la normativa introdujo no solo tuvieron efectos inmediatos, sino que se extienden al futuro mediato y a largo plazo. Ello acontece porque la modificación legislativa se dio no solo en aspectos sustanciales, procesales o doctrinarios, sino que recepta y conlleva una transformación de la matriz cultural, la que está constituida por los valores sobre los que se sustenta el consenso fundamental de la convivencia social.

Examinar *la función que emerge de la figura del Juez para el “nuevo” derecho*, más allá de la estrechez del análisis jurídico puro o dogmático —prescriptivo y técnico—, requiere un abordaje cognoscitivo y descriptivo desde la sociología jurídica y la ciencia política. Por ello, se parte de un breve análisis del *derecho* como subsistema social, para luego establecer la relación con la ideología y el cambio social y las proyecciones que tiene en el *estatus* y *rol* del juez.

II. Punto de partida

Para el desarrollo de este artículo se exploró el abordaje del derecho como técnica de ordenación social y como producto social. A partir de allí, se examinó la

figura del *juez*, partiendo de que no siempre la idea que de él se tiene coincide con la realidad. Por lo tanto, se pretendió identificarlo como un profesional y definir su estatus, su rol y las funciones que se le atribuyen, a la luz del Código Civil y Comercial argentino.

En tiempos de Friedrich Karl von Savigny, el derecho no era concebible como instrumento de planificación a gran escala. Sin embargo, en la actualidad, el derecho se identifica con el “Derecho del Estado”, que *actúa* sobre la Sociedad. Como afirma Roger Cotterrell (1991), la *efectividad* del derecho es consecuencia de la concentración de poder político que ostenta el Estado, siendo una regulación técnica, cuyo fundamento social se ha tornado más o menos débil. Ello aleja al derecho de la conciencia ciudadana. Esto es el resultado de la separación del Estado y la sociedad, que le permite al primero funcionar como agente autónomo de control social. Por lo cual es válido preguntarse en qué medida las instituciones jurídicas son autónomas de otros organismos de Estado. Para responder a esta cuestión es necesario plantearse la relación entre el Estado y el derecho.

Es en occidente donde, con total nitidez, el derecho es autónomo, gracias a la especialización funcional a la que arribó en su larga evolución histórica. Para una *perspectiva funcionalista*, si bien el derecho refleja los valores compartidos en los que se basa el consenso social, también controla normativamente las formas de las actividades económicas y políticas. Es decir, prevalece la *regla del derecho*; lo opuesto de lo que se manifiesta en los sistemas jurídicos de base religiosa, como el Islámico.

Ahora bien, no existe un derecho neutro. Por el contrario, siempre es expresión de una ideología o de ideas que lo sustentan y orientan (Barbará, 2008, pp. 14-15). Expresado en otros términos, el derecho no es un agente neutral de integración social, sino que, con frecuencia, defiende intereses de grupos o clases especiales. De allí que, en la práctica, el derecho controla y expresa el *poder* a un mismo tiempo, aunque sea el resultado de un proceso complejo.

En ese marco, la actividad de los jueces es objeto de observación. Pruebas de ello se encuentran cotidianamente en la actividad mediática. Notas periodísticas, tanto de diarios jurídicos como no especializados, refieren a decisiones de jueces que resuelven casos “novedosos”, no contemplados en la ley pero que la realidad plantea. De ello se infiere que no existen jueces neutrales, y que su labor no se desempeña en aislamiento social ni respecto de la opinión pública y de los poderes políticos. Se está en presencia de una concepción de magistrado que se aleja de la idea de un juez aséptico y místico, que no es inspirado en sentido alguno por la realidad social.

El Código Civil y Comercial argentino reconoce un pluralismo jurídico extraes-tatal —fuentes y ordenamientos que provienen desde fuera del Estado— e inter-estatal —normativas especiales internas—. Luego, impone a la magistratura civil y comercial el desarrollo de competencias adecuadas para participar en las diversas formas de interacciones sociales que son reflejo de la actualidad. Por ello, se torna indispensable la exploración del derecho y de la profesión del juez. En base al marco teórico general y al análisis del marco jurídico se pueden inferir las funcio-nes y los espacios de actuación de los jueces civiles y comerciales que el sistema jurídico presente sugiere.

III. El derecho: producto social

El derecho conforma un sistema —*sistema jurídico*—. De allí que se lo ha de-finido como el “conjunto de normas y de principios o valores que, asumidas por una comunidad humana, son creadas y aplicadas por esa sociedad e interpretadas en sus instituciones en un determinado territorio previamente establecido para la defensa y gestión de los derechos fundamentales y del funcionamiento del Esta-do” (Carretero Sánchez, 2015, p. 63).

Siguiendo la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound, el derecho es “una forma altamente especializada de control social, que se lleva a cabo de acuer-do con un cuerpo de preceptos autorizados, aplicados en un proceso judicial y administrativo” (1) (Braybrooke, 1961, pp. 289-290). Se ha explicado que, para el decano de la Facultad de Derecho de Harvard, el control social es “el ordenamien-to de las relaciones humanas en las sociedades organizadas políticamente en tér-minos de la realización de las exigencias, demandas y deseos que cada persona individual o colectivamente busquen satisfacer” (Deflem, 2006, p. 110). Luego, desde esta postura, el derecho es un instrumento o medio de control social porque se presenta como un orden coercitivo, a través del que se da expresión concreta a intereses individuales, sociales y públicos (2) y que, ante un conflicto de ellos, ofrece la reconciliación a través del recurso a procesos judiciales y administrativos.

(1) El concepto transcrito es una traducción de la cita realizada por el emérito profesor Ernest Kingston Braybrooke. El texto original dice: “of law as a highly specialized form of social control, carried on in accordance with a body of authoritative precepts, applied in a judicial and administrative process” (Braybrooke, 1961, pp. 289-290).

(2) Roscoe Pound desarrolló una teoría de los *intereses*, entendiendo que estos son los deseos, re-clamados o demandas del ser humano de tener algo o hacer algo, de no ser obligado a hacer algo. Esos intereses son clasificados por el autor en sociales, públicos e individuales, dependiendo del espacio en que afirman: sea a título de la vida individual, de la vida social o de la organización política de la sociedad.

Ahora bien, el derecho es, también, un subsistema operando dentro del *sistema social*. Esta ubicación permite colegir que existe una interrelación entre las acciones sociales y la regulación jurídica, en distintos niveles, aun cuando no toda la realidad social esté reglada. Al mismo tiempo, existe una conexión entre el subsistema jurídico con los demás subsistemas (económico, cultural, político, etc.).

Al sistema social subyace la *ideología*. En cuanto cosmovisión del mundo compuesta por ideas e intereses compartidos por determinados sectores de la sociedad, las ideas se encuentran en relación directa con las estructuras sociales, políticas, jurídicas, culturales y económicas. El *derecho* no es ajeno a la concepción del mundo que tiene una sociedad; por el contrario, la refleja.

Se puede afirmar —al menos de manera general— que el subsistema jurídico no está compuesto solo por normas. También lo integran conceptos, instituciones, principios y valores. Por ello, hay que comprender al *derecho* positivado en la totalidad del espacio y del tiempo en que se lo observa. Las *concepciones sociológicas* del *derecho*, que lo entienden como “(...) un fenómeno social, que incide sobre una realidad social, independientemente de que se tenga una concepción política u otra sobre el Sistema jurídico” (Carretero Sánchez, 2015, p. 55) adquieren en este punto relevancia.

Por lo tanto, al pensar el derecho como un producto social, se reconoce que esta técnica de organización social normativa contribuye a implementar un orden que responde a un modelo organizativo social y que se desarrolla en un momento histórico, como resultado o producto del mismo. Por ello, a lo largo de la historia, el derecho no siempre ha tenido el mismo contenido. Esto se debe a que el *cambio social* implica el surgimiento de una nueva vivencia a la que el sistema, con las características que posee en un tiempo y lugar determinados, no puede dar una respuesta adecuada. Esta nueva manifestación ejerce presión para imponerse al modelo existente, ya que modifica la estructura social, en términos de relaciones, normas y roles.

Luego, se activa la *función homogeneizadora* del derecho respecto de la sociedad: el cambio de las normas se produce desde la sociedad. Pero puede suceder que se active la *función promotora*: el cambio normativo cumple un rol decisivo en la innovación y transformación de lo social.

Ejemplos de esta interacción entre lo jurídico y lo social se pueden ver en las leyes protectoras o impulsoras de derechos a través de conquistas legales y sociales de minorías o grupos vulnerables. En estos casos, el derecho acompaña el cambio social y, en ocasiones, lo impulsa. Como el grupo social y las estructuras sociales cambian, las normas también se modifican. De allí que se haya sostenido que “(...) si el derecho emana del grupo social no puede tener más estabilidad que

ese mismo grupo humano” (Levy-Bruhl, 1964, p. 16). Se reconocen, luego, las potencialidades del derecho como instrumento de transformación social.

IV. El Código Civil y Comercial argentino

El 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la República Argentina. Durante ciento cuarenta y cuatro años había regido el Código Civil (1871), redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield. A la par, estaba el Código de Comercio (1862-1889), producto de la labor en colaboración entre aquel jurisconsulto y el uruguayo Eduardo Acevedo. Ambos cuerpos normativos, importantes por su contribución con la consolidación del Estado Nacional argentino, habían recibido el influjo de la ideología liberal de base racional, propia de su época y de la tradición jurídica imperante en esta parte del continente.

En 1968 tuvo lugar la reforma parcial más significativa del Código Civil. Ella modificó la filosofía de la legislación civil y permitió adecuarla a la vida moderna (Borda, 2008, p. 147). Paralelamente, el Código de Comercio fue cercenado en muchas materias por leyes especiales que se erigieron como microsistemas legislativos, tales como la ley de sociedades comerciales, o la ley de concursos y quiebras. También, a lo largo del siglo XX hubo intentos de reforma integral y de unificación normativa que fracasaron.

En 2011, mediante el decreto del Poder Ejecutivo N° 191/2011 se conformó la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”. Esta, con la colaboración de numerosos juristas, elaboró un proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial que, después de debates públicos y de atravesar por el procedimiento formal de sanción, vio luz a través de la ley N° 26.994.

Como se dijo, los Códigos Civil y de Comercio eran adecuados para una sociedad del siglo XIX (3). Empero, desde su sanción, la sociedad cambió y, si bien instituciones como el contrato, la propiedad y el matrimonio permanecen, la regulación no era ajustada a la realidad actual.

El antecedente que marcó un hito fue la reforma de la Constitución Argentina del año 1994. Ella consagró la jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, los derechos de los pueblos originarios y los derechos humanos

(3) Además de responder a una ideología liberal-individualista, el Código Civil no fue un producto democrático, ya que fue redactado por una sola persona, el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield y sancionado por el Congreso argentino sin debate, esto es, a libro cerrado, durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento. A su vez, la ley de Reforma de 1968 fue suscripta por el presidente de facto Gral. Juan Carlos Onganía, durante la regencia del Estatuto de la Revolución Argentina.

de tercera generación (consumo y ambiente); así como se receptaron los procesos derivados de la globalización (regionalización e internacionalización).

Esto, sumado al influjo del desarrollo tecnológico, hizo que los preceptos de los Códigos Civil y de Comercio precisaran una revisión. La consolidación del Estado argentino dio paso a la necesidad de ratificar la propia identidad jurídica, forjada por las leyes, la doctrina y la jurisprudencia, y de actualizar y mejorar el sistema jurídico.

En el decreto N° 191/2011 se expuso que

El sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos (considerando 5).

También se dejó sentado que la actualización del derecho privado nacional debía procurar una obra que “(...) sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores” (decreto 191/2011, considerando 6) y que tuviera en cuenta “(...) los procesos de integración y las codificaciones de la Región, puesto que sería deseable promover cierta armonización en los aspectos fundamentales” (decreto 191/2011, considerando 7).

En el primer acápite de los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” (2014) se expusieron las ideas y valores que subyacen a la nueva legislación. Ellos informan sobre los paradigmas del Código Civil y Comercial, dejando en claro cuál es el pensamiento filosófico, político y económico en que se sustenta. Estos son:

Código con identidad cultural latinoamericana. Los codificadores explican que existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Ergo, sin desconocer la influencia de la tradición romana e hispánica y, luego, francesa, procura incorporar nociones y criterios propios de propias de la cultura latinoamericana.

Constitucionalización del derecho privado. Con el nuevo cuerpo normativo se pretende superar la división tajante entre derecho privado y público. Por ello presta especial atención a la protección de la persona humana, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño y del adolescente, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y de los pueblos originarios.

Código de la igualdad, en el que se superen los estándares de igualdad formal o abstracta para buscar la igualdad estructural o real. Con ese objeto se consagra el paradigma protectorio de la persona en todos sus roles: sujeto individual, miembro de un grupo familiar, consumidor, víctima de daños, heredero, etc.

Código basado en un paradigma no discriminatorio, cuya aplicación diluya categorizaciones basadas en el sexo, el género, la religión, el origen o la riqueza. En la cosmovisión del Código Civil y Comercial Argentino, los derechos, las libertades y las obligaciones deben ser interpretados y aplicados de manera que desaparezcan posibles límites, restricciones o exclusiones que sean discriminatorias. Se torna necesario reconocer las diferencias, brindando una respuesta jurídica en un escenario plural e igualitario a los derechos de las personas y grupos.

Código de los derechos individuales y colectivos. El Código Civil y Comercial argentino tutela los derechos individuales, al mismo tiempo que reconoce la trascendencia de los derechos de incidencia colectiva, ajustándose a las directivas de la Constitución Nacional.

En materia de bienes, además de reconocer el derecho de la propiedad privada, aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios y la tutela de los bienes colectivos, como el ambiente.

Código para una sociedad multicultural. Se reconoce el pluralismo cultural a través de la regulación de diversos arquetipos familiares, del matrimonio igualitario y de las uniones convivenciales, y otras opciones de vida propias de una sociedad pluralista, que acontece en un espacio social moderno.

Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales, que incluye la regulación de los contratos típicos y de aquellas figuras que carecían, hasta entonces, de reglamentación, como los contratos de distribución, bancarios, financieros, entre otros.

Los lineamientos reseñados sirven de guía para los operadores jurídicos, se trate de los legisladores, a la hora de dictar leyes complementarias y especiales, de los abogados, al momento de asesorar o plantear los casos, y de los jueces, al aplicar el derecho en sus decisiones.

V. El juez: caracterización tradicional

La fotografía clásica del juez proyecta una imagen conforme la cual son funcionarios que integran “los órganos natos de la eficacia jurídica, porque constituyen poder del estado (uno de los tres poderes del Estado), cuya misión es la protección de las normas de derecho y su reparación, cuando son infringidas” (Soriano, 2011, p. 419).

Desde esta perspectiva, la función primordial de la magistratura es “aplicar el derecho con el objeto de restablecer o asegurar el orden social” (Gerlero, 2006, p. 9). Se desliza, luego, que los jueces serían meros decisores de los conflictos que le son presentados por sujetos individuales o colectivos a través de las acciones judiciales, cuando las vías de solución extrajudicial no fueron efectivas.

El principal producto de la acción social del juez es la *sentencia*. Esta es la solución institucional extrema de un conflicto, expresión de una decisión adoptada en base a una ley general que se adecua a un caso concreto, para poner fin a la *lid* llevada a su conocimiento, con el fin de restablecer la paz social que fue alterada (Ferrari, 2006). En tal tarea, se “(...) adecua una ley general a las circunstancias y características de los casos concretos, se especifica y señala el ámbito de aplicación de las leyes vigentes y se limita la generalidad de las leyes, dando contenido específico a sus presupuestos y principios generales” (Gerlero, 2006, p. 9).

Por ello, con el vocablo juez se ha designado “(...) a una persona dotada de autonomía e independencia en el ejercicio de su cargo, a quien se ha confiado la tarea de dirimir los conflictos que puedan surgir entre dos o más integrantes de un grupo social. Tal concepto corresponde a la figura típica del juez del Estado democrático constitucional moderno” (Gerlero, 2006, p. 9).

A partir de lo dicho, entonces, debe reconocerse al juez como profesional que se desempeña en un campo ocupacional jurídico específico: la función pública. Desde esa posición, a través de sus acciones, habrá de contribuir con el mantenimiento o el cambio del sistema socio-jurídico. De allí que se erige como un importante actor social. Él encarna la autoridad pública que sirve en un tribunal de justicia y se encuentra investido de la potestad jurisdiccional, la cual ejerce —como se dijo— aplicando las normas jurídicas para resolver los conflictos llevados a su conocimiento. Así, la *función jurisdiccional* es una función social *instrumental*, que se le asigna por el particular *estatus* que posee.

Empero, como enseña Boaventura de Souza Santos (2009, pp. 108-109), el juez también desempeña *funciones políticas*, orientadas a ratificar la legitimación del poder político en su conjunto, a defender los principios republicanos y a consagrar los derechos y libertades de los ciudadanos. Ambas funciones —jurisdiccional y política— están atravesadas por la *función simbólica*. Por ende, su actividad promueve y proyecta modelos, sentidos, definiciones del contexto y valores en la realidad social.

Del reconocimiento de las funciones políticas y simbólicas, que interseccionan con la instrumental, es posible —y de hecho aconteció con el Código civil y Comercial argentino— reformular el modelo clásico de magistrado. Por ello, resulta relevante el replanteo del *estatus* y del *rol* del juez. Estos se definen por

la competencia técnica que posee y el campo del conocimiento y habilidad particular que domina. En términos generales, mientras el estatus ha sido definido como la posición que el sujeto tiene en un sistema, el rol o papel se relaciona con la conducta desplegada en relación a otros actores (aspecto relacional). Ambos conceptos se dinamizan recíprocamente porque desde su estatus o posición el individuo actúa su rol. Eso lo coloca en una *situación*, constituida por el conjunto de factores extrínsecos que determinan el marco de acción. Este contexto es, a su vez, referencial, porque influye en el comportamiento orientado, sea por motivación o por valores (Soriano, 2011, p. 144).

Siguiendo la línea argumental, el estatus del juez tiene dos aspectos o facetas. La *posición externa*, que se corresponde con la ubicación que tiene como miembro del Poder Judicial frente al resto del sistema social, gozando de autoridad y de las garantías de independencia, inamovilidad, etc. En cuanto a la *posición interna*, es la que ocupa dentro de la organización judicial, dotado de independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, según el grado.

Ese *estatus* impacta en el *rol* del juez, que es “el conjunto de expectativas, valores y actitudes sobre las modalidades con las que se comportan los jueces o se deben comportar y que influyen sobre las orientaciones de las decisiones que adoptan” (Guarnieri y Pederzoli, 1999, p. 65). *Ergo*, en el marco de la interacción social entre el juez y los demás actores sociales —emisores de papel social—, las expectativas ubican al primero en una posición social y generan un estereotipo que, a su vez, define lo que se espera en términos de comportamientos.

Luego, el papel que el magistrado desempeña queda definido por diversas circunstancias, tales como la institucionalización del proceso judicial, la despersonalización o personalización de la presencia del juez, la organización externa, el lenguaje y la conducta del tribunal (Lautmann, 1991). A ello debe añadirse que todo juez es un representante de los valores sociales y toda la actividad que realiza debe estar encaminada a brindar seguridad jurídica. Esto supone que participa de la racionalización del derecho, asumiendo algunas de las formas de coactividad de este, para realizar la justicia.

Entonces, si —como se dijo— el derecho puede vehiculizar acciones sociales o bien la transformación puede ser resultado de una estrategia que tiene como instrumento de cambio el elemento jurídico, la judicatura habrá de participar en los procesos de cambio social. Se deriva, luego, que a partir del ejercicio de la función jurisdiccional el magistrado puede cumplir una función promocional del cambio social. Ello por ser un actor social que tiene la posibilidad de actuar y dictar resoluciones a través de las cuales se promuevan transformaciones sociales, sea impulsando comportamientos socialmente deseados o reprimiéndolos. Claro que, para ello, tiene que sensibilizarse y armonizar su ideología, sus valores, sus actitudes y

sus creencias frente a los datos que emergen de la realidad social. De esta manera interaccionan la cultura jurídica con los procesos de cambio social.

Por ello, y con razón, se ha dicho que

(...) la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Lo que determina un cambio significativo en la relación ley/juez, con el evidente fortalecimiento del papel de éste, asimismo constatable (...) en el reforzamiento del régimen de garantías de la independencia (Ibáñez, 2015, p. 78).

Entonces, los jueces son actores sociales, portadores de estatus y de roles que emergen de las expectativas sociales fuertes y consolidadas que, además, están protegidas por el derecho. Por ello, al ser el estatus y los roles permeables ante la sociedad, es que se actualiza el modelo de juez cuando las transformaciones sociales estructurales tienen lugar.

VI. El juez del Código Civil y Comercial Argentino

El modelo de juez de los Códigos Civil y de Comercio era el de *juez-funcionario*, escéptico y místico. En el marco del Estado liberal de derecho desplegaba su acción en el ámbito burocrático técnico, apegado al principio de contradicción y neutralizado políticamente. Su función se sintetizaba en una subsunción lógica del hecho, del sustrato fáctico del caso, a la norma positiva. Su rol era mínimo se limitaba a ser "(...) la boca que pronuncia las palabras de la ley (...)" (Montesquieu, 2007, p. 212). La preeminencia de los principios de legalidad y contradicción y del positivismo no dejaba espacio para realizar valoraciones extrajurídicas y el espacio de discrecionalidad-autonomía estaba limitado por las opciones que emergían de la norma.

Ello quedó plasmado en el Código Civil, no solo por la ausencia de referencias a la función del juzgador a lo largo del articulado, sino expresamente en el artículo 22, que rezaba: "Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial" (4).

(4) Este artículo del Código Civil, indicativo de que la legalidad era el único criterio de validez de la decisión judicial, tenía como fin asegurar su aplicación, dejando de lado toda posible ocurrencia al derecho español.

El cambio normativo introducido por la reforma de la ley 17801 (1968) dio espacio a un nuevo modelo de magistrado. Se humanizó el derecho privado “(...) mediante la introducción de criterios de justicia más flexibles, y la recepción de soluciones provenientes de la realidad práctica” (Riba, 2018, p. 229). El espacio de actuación del juez se amplió y esto le permitió tener mayor discrecionalidad, desde que, además de los parámetros normativos, se abría la posibilidad de efectuar valoraciones extranormativas, recurriendo, por ejemplo, a la equidad, a la buena fe y a la proscripción del abuso del derecho.

No obstante, las transformaciones sociales, económicas, políticas y tecnológicas producidas en las últimas décadas del siglo XX y las primeras del siglo XXI, que dieron lugar al desarrollo de una sociedad plural, multicultural y de ordenamientos de diverso origen, conllevan el reperfilamiento del modelo de juez. Consecuentemente, el Código Civil y Comercial argentino reclama jueces comprometidos con los paradigmas del derecho civil y comercial y con la realidad social. Ello se desprende de la sola lectura de los “Fundamentos (...)” (2014) —expuestos en el apartado anterior—. Ante el modelo positivista-legalista se abre paso uno basado en principios. El derecho actual reclama, principalmente, un juez activo, con responsabilidad social y conciencia constitucional.

VI.1. Juez activo

Si el juez de los códigos decimonónicos debía sujetarse a la letra de la ley y realizar una subsunción lógica del caso concreto a una norma, el nuevo estándar dicta que el magistrado debe decidir analizando todo el sistema jurídico, integrando las normas nacionales y supranacionales. Dado que la labor de la magistratura debe estar orientada a garantizar la tutela judicial efectiva de todos los derechos constitucionales, el ordenamiento jurídico le reconoce mayor espacio de discrecionalidad.

Así, a modo de ejemplo, el Código Civil y Comercial argentino, confiere al juez:

- A) Facultades para ejercer un control de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas (5) o de consumo (6) frente a la existencia de cláusulas abusivas;

(5) El artículo 989 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”.

(6) El artículo 1122 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) las

- B) un rol relevante en cuanto a la función preventiva del daño (7) en el ámbito de la responsabilidad civil;
- C) la posibilidad de actuar de oficio en los procesos de familia (8) y
- D) facultades en materia probatoria, orientadas a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva en los procesos de daños y del derecho de familia (9).

Las potestades señaladas y las demás contempladas en el Código Civil y Comercial Argentino vinculan a la justicia con el caso concreto y exigen al juez el compromiso de dar efectividad a todos los derechos sin diferenciar categorías. En otras palabras, el papel activo del juzgador se impone, porque a través de él se dinamizan los derechos, haciendo posible que no queden plasmados en el terreno del “ideal normativo”.

De allí que, como garante de los derechos de la ciudadanía, el juez debe adaptar en forma continua y oportuna las normas, conforme se presentan los cambios sociales, en aras a no escindir el *ámbito de los derechos en abstracto*, del *ámbito de los derechos en acción*. Esa actividad, no obstante, debe ser ejercida con prudencia y equilibrio, a fin de que no resulten invadidas las esferas de acción de los otros poderes, esto es respetando el principio republicano de división de poderes.

VI.2. Juez con conciencia y responsabilidad social

El procesalista italiano Piero Calamandrei decía que “no basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas; sería necesario que conocieran perfectamente también la sociedad en que esas leyes tienen que vivir” (Calamandrei, 2011, p. 160).

cláusulas abusivas se tienen por no convenidas; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075”.

(7) El artículo 1714 del Código Civil y Comercial argentino establece: “Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.

El artículo 1715 del Código Civil y Comercial argentino señala: “Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

(8) El artículo 709 del Código Civil y Comercial argentino expresa: “Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente”.

(9) El artículo 709 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente”.

Los paradigmas en los que se enrola el Código Civil y Comercial argentino reclaman un juez comprometido con la realidad social, reconociendo que más allá de la tutela de los derechos e intereses de los individuos, su función tiene un *fin público* que es la legalidad, y un *fin social*, que es la justicia. Entonces, no puede soslayarse que los casos judiciales suponen conflictos sociales, engendrados a partir de hechos humanos que tienen lugar en la convivencia social. Ello debe ser tenido en cuenta por el juez al resolver, toda vez que debe hacer un juicio de valor respecto de la solución más justa, sin perder de vista las consecuencias individuales y también sociales de su decisión.

Por ello se ha señalado que

(...) al dictar sentencia, el juez tiene que hacer una serie de juicios de valor recíprocamente articulados, sirviéndose de las pautas axiológicas establecidas y consagradas por el orden jurídico positivo y, frente a la falta de criterio, recurriendo a los principios de estimativa jurídica que considere válidos, sea de orden social o de orden político, o de la dignidad de la persona humana. (Minetti Kern, 2016, párr. 37).

El magistrado debe realizar un análisis del conflicto subyacente al juicio, sustrayéndolo de la abstracción respecto del medio. Ello supone contextualizarlo, teniendo en consideración las fuerzas y tensiones sociales que lo subyacen, y que condicionan la intervención del derecho (Pásara, 2019, p. 84).

De allí que “solamente comprendiendo el contexto social, el magistrado podrá entender los comportamientos humanos desarrollados y que son materia de su juzgamiento” (Masciotra, 2016, p. 2). Ello significa que tiene que ser un hábil observador de lo cotidiano, conocer dónde transcurre la vida, qué acontece en las áreas económicas, tecnológicas, éticas y restantes esferas sociales. Solo así podrá resolver con eficacia los conflictos, equilibrando los intereses individuales y armonizándolos con los sociales y públicos.

Entonces, como sostiene Peyrano (2016): “(...) el juez de hogaño, puede y debe, cuando corresponde, verificar cuáles son las consecuencias de sus resoluciones para las partes (juez teólogo) y aún para la comunidad en general (juez con responsabilidad social)” (párr. 11).

VI.3. Juez con conciencia constitucional

Uno de los principios que subyacen al Código Civil y Comercial argentino es la “constitucionalización del derecho privado”. Este quedó plasmado implícitamente

a lo largo del articulado, pero principalmente en los artículos 1(10) y 2(11). En ellos se explicitan las fuentes del derecho y las pautas de interpretación. A la luz de estas reglas, el juez tiene la tarea de velar por la vigencia de los derechos y la realización efectiva de los principios constitucionales. Luego, al resolver un caso sometido a juzgamiento, la sentencia debe ser una síntesis de la unidad del sistema jurídico en marco del Estado de Derecho.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el magistrado debe

Ponderar cuidadosamente las circunstancias, evitando que por aplicación mecánica e indiscriminada de la norma se vulneren derechos fundamentales de la persona y se prescinda de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto, lo que iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia”, enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (conf. considerando 8º del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni en la causa “Itzcovich, Mabel”) (CSJN, 2007, Fallos 330: 1838).

Siguiendo esta línea, en algunos supuestos, los jueces podrán inaplicar las normas infraconstitucionales que resulten contrarias al ordenamiento jurídico, haciendo prevalecer la supremacía del bloque constitucional, integrado por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos. En otros casos, el magistrado podrá aplicar la norma infraconstitucional sin declarar su inconstitucionalidad, pero armonizándola, recurriendo a una interpretación respetuosa de las garantías derechos consagrados en la Ley Fundamental y convenciones internacionales.

El juez, entonces, debe ser consecuente con los fundamentos, paradigmas, principios y valores del Código Civil y Comercial de la Nación, como el principio de igualdad real, el de respeto de la diversidad cultural y la tutela de sectores vulnerables como los incapaces, los ancianos, las mujeres y los pueblos originarios.

(10) El artículo 1 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

(11) El artículo 2 del Código Civil y Comercial argentino señala: “Interpretación. 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”.

Es tarea de los jueces efectuar la ponderación normativa y, a través del diálogo de fuentes, transferir aquellos principios y valores a la solución de los casos llevados a la jurisdicción, sea a través de la aplicación de las normas o bien de la interpretación de estas.

VII. Conclusiones

La vida en sociedad requiere de un orden que regule las conductas y relaciones de los hombres. Tal función le es atribuida, en parte, al derecho. Este se encuentra conformado por un conjunto de normas creadas por un órgano dotado de autoridad suficiente para ello y mediante procedimientos establecidos a tal fin, de los que deriva su validez. Ahora, si bien se identifica al derecho con el *Derecho del Estado*, por su institucionalidad, también son parte del ordenamiento jurídico aquellas reglas que emanan de determinados actos o procesos, que tienen lugar a partir de la intervención de organismos o actores específicos, cumpliendo con ciertas formalidades (por ejemplo, contratos, sentencias).

Siendo el derecho un producto social, que nace del hecho social, es que las normas jurídicas responden a una cosmovisión de organización de la sociedad. Aparece, entonces, el componente ideológico que define el modelo organizativo al que deben ajustarse las conductas de los ciudadanos y de los órganos del Estado.

El Código Civil y Comercial argentino, vigente desde agosto de 2015, sin renunciar a sus orígenes liberales y sociales, actualiza el sistema jurídico civil y comercial reconociendo una matriz filosófica, sociológica, política, económica y jurídica diferente y actualizada, con una base democrática y constitucional. Las ideas fundamentales de la legislación civil y comercial están expuestas en los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. En efecto, se trata de un Código *con identidad cultural latinoamericana*; que responde a la *constitucionalización del derecho privado*; basado en el principio de *igualdad real* y en un *paradigma no discriminatorio*, que reconoce los *derechos individuales y colectivos*, la *propiedad privada individual*, la *propiedad colectiva* y la de los *pueblos originarios*, que viene a regir en una *sociedad multicultural*.

Las normas de derecho del Código Civil y Comercial Argentino responden, luego, a una expectativa de organización socio-estatal democrática, prescribiendo conductas y organizando todo tipo de actividad e instituciones. El juez, en cuanto profesional jurídico que se desempeña como funcionario en un poder del Estado, debe ajustarse a ese modelo organizativo y a las expectativas en él depositadas. En sentido formal, el magistrado “es una parte del Estado moderno, a través de la cual se canalizan y se resuelven, o se busca resolver, conflictos sociales de muy diversa índole (...)” (Cuellar Vázquez, 2008, p. 15).

Como actor social, al dictar sentencias, el juez debe tener plena conciencia de los efectos que su pronunciamiento tiene sobre el sistema social. Por eso, su acción social no solo tiene significado para él sino, también, para el destinatario particular —los justiciables— y el general —la sociedad—. En otras palabras, las resoluciones judiciales son acciones sociales que tienen consecuencias sociales y políticas.

En lo relativo a la profesión jurídica de la magistratura, los jueces se presentan como juristas profesionales especializados, que integran un poder del Estado —Poder Judicial—, siendo considerados actualmente garantes del Estado de Derecho, en defensa de la democracia, de los valores republicanos y de las libertades, y de los derechos humanos. No obstante, las funciones que han desempeñado en distintos momentos de la historia han sido diferentes, dependiendo del sistema jurídico-político en el que se encontró inmerso.

Las facultades que el Código Civil y Comercial argentino reconoce hoy al juez reafirman su rol social. Aquellas están orientadas a dar una respuesta a los conflictos interindividuales y sociales. De allí que el nuevo diseño jurídico, que opera como un referente mínimo de criterios tácitos o expresos, requiere de un juez analítico, reflexivo, que sepa revalorizar las normas positivas a la luz del prisma social, político, económico, tecnológico y ético.

Dado que el Poder Judicial, en cuanto poder del Estado que tiene el monopolio de la interpretación del significado de la expresión del pueblo —constitución, bloque constitucional y legislación infraconstitucional— y de hacerla valer sobre la manera en que los Poderes Ejecutivo y Legislativo la reglamentan, el juez no puede desconocer el fundamento ideológico del derecho que aplica e interpreta, ni el sentido de su investidura. En el ejercicio de su labor se encuentra la tarea de sostener el andamiaje del Estado Constitucional de Derecho y los valores democráticos.

Por consiguiente, el modelo de juez para el Código Civil y Comercial argentino presupone un rol activo, dinámico y progresista, con magistrados comprometidos con el desarrollo de los Derechos Humanos y la tutela de la persona, al que se le concede un margen de acción social más amplio que en los Códigos Civil y de Comercio derogados.

Además, debe tener conocimiento del medio en que se desenvuelve e, insisto, conciencia de la trascendencia social de su función. Por consiguiente, habrá de decidir los *casus* sometidos a su jurisdicción con arreglo a la norma, a los derechos y garantías constitucionales y convencionales y a los *valores* que forman parte de su cultura. De esta manera, la labor judicial debe considerar el contenido abstracto de la norma y, a partir de allí, dinamizarla en términos de efectividad, acompañando la evolución del derecho y de la realidad social, económica, tecnológica y cultural.

VIII. Bibliografía

Barbará, J. E. (2008). *Estado de Derecho y Autonomía de la Voluntad*. Córdoba: Advocatus.

Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Buenos Aires: La Ley.

Braybrooke, E. K. (1961). The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound. *University of Western Australia Law Review*, 288. Recuperado de <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/1961/5.html> [Fecha de consulta: 01/09/2020].

Calamandrei, P. (2011). *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado*. Buenos Aires: Librería el Foro.

Carretero Sánchez, S. (2015). *Nueva introducción a la teoría del derecho*. España: Dykinson.

Cuellar Vázquez, A. (2008). *Los jueces de la Tradición: un estudio de caso*. México: Universidad Autónoma de México.

De Souza Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica*. Madrid: Trotta.

Deflem, M. (2006). Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho. *Opinión Jurídica* 5(10) (pp. 107-119). Recuperado de <https://deflem.blogspot.com/2006/06/jurisprudencia-sociologica-y-sociologia.html> [Fecha de consulta: 01/06/2020].

Ferrari, V. (2006). *Derecho y Sociedad: elementos de sociología del derecho*. Bogotá: Universidad de Externado.

Gerlero, M. S. (2006). *Introducción a la Sociología Jurídica: actores, sistemas y gestión judicial*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos.

Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1999). *Los Jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid: Taurus.

Ibáñez, P. A. (2015). *Tercero en Discordia: jurisdicción y juez del estado constitucional*. Madrid: Trotta.

Lautmann, R. (1991). *Sociología y Jurisprudencia*. México: Fontamara.

Levy-Bruhl, H. (1964). *Sociología del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Masciotra, M. (2016). *Función social del Juez en el Código Civil y Comercial*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-funcion-social-juez-codigo-civil-comercial-nacion-dacfl60382-2016-05-26/123456789-0abc-defg2830->

61fcanirtcod?&o=117&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20procesal%7COrganismo%5B5%2C1%5D [Fecha de consulta: 27/03/2020].

Minetti Kern, L. (2016). 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 justas. *Suplemento de Doctrina Judicial Procesal, La Ley*. Argentina.

Montesquieu (2007). *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Losada.

Pásara, L. (2019). *De Montesinos a los Cuellos Blancos: la persistente crisis de la justicia peruana*. Perú: Planeta.

Peyrano, J. W. (2006). El perfil deseable del juez civil del Siglo XXI. *Revista La Ley* (0003/008523).

Riba, M. A. (2018). *El pensar de los jueces: elementos de razonamiento judicial*. Córdoba: Advocatus.

Legislación

Decreto N° 191/2011, Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (M.J.yD.H., 2011), Boletín Oficial de la República Argentina, 28/02/2011.

Ley N° 2.637, Código de Comercio. Buenos Aires: La Ley (2014).

Ley N° 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Buenos Aires: Zavalía (2014).

Ley N° 340, Código Civil. Buenos Aires: La Ley (2014).

Jurisprudencia

Fallos 330:1838.

Otros documentos

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (2014). Buenos Aires: Zavalía.

Fecha de recepción: 29-03-2020

Fecha de aceptación: 26-06-2020

