

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 21, Número 2, julio 2021

Sittner y el llamado “diálogo de fuentes”

Javier Habib y Bruno Ovejero Silva

Formato de cita recomendado

Javier Habib y Bruno Ovejero Silva, *Sittner y el llamado “diálogo de fuentes”*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 21 2 (21)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

Sittner y el llamado “diálogo de fuentes”

Javier Habib[†] y Bruno Ovejero Silva^{}*

En el caso “Sittner”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial juzgó que el plazo de prescripción para acciones derivadas de contratos de seguro con consumidores no es el plazo anual previsto por la Ley de Seguros sino el plazo genérico de cinco años establecido en el Código Civil y Comercial. Para llegar a esa conclusión, los jueces acudieron al llamado “diálogo de fuentes”. El propósito de este artículo es analizar críticamente este novedoso modo de fundamentar decisiones judiciales. Para ello compararemos la argumentación de la Cámara con aquella elaborada por una comentarista del caso Sittner, que llega a la misma conclusión que la Cámara, pero no a través del diálogo de fuentes, sino de un modo más convencional. En esta instancia, concluimos que el diálogo de fuentes no parece ser del todo necesario, ya que una argumentación tradicional se postula como más transparente e inteligible. Con todo, el artículo no echa por la borda al novedoso concepto. Por el contrario, a partir de las insuficiencias recién mencionadas, y las definiciones dadas por los teóricos mentores del concepto bajo análisis, intentaremos elaborar una hipótesis de cómo podría formularse un mejor concepto de diálogo de fuentes, y de cuáles serían las consecuencias para el derecho privado y el orden político-constitucional, si ese diálogo de fuentes fuera establecido como modo de fundamentación de decisiones judiciales. Entendemos que un verdadero diálogo de fuentes podría ser muy atractivo para sociedades dinámicas y diversas como la nuestra, pero su establecimiento implicaría aceptar un derecho privado más incierto y un Estado en el que las reglas son ordinariamente precisadas por los jueces, no por los legisladores.

I. Introducción

En el caso “Sittner”,¹ la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sentenció que el plazo de prescripción aplicable a los contratos de seguros para consumidores no debe ser el de un año prescrito en la Ley de Seguros sino el plazo genérico de cinco años que el artículo 2.560 del Código Civil y Comercial establece cuando no hay un plazo previsto en la legislación especial. Para llegar a esa conclusión, los jueces entendieron la necesidad de evitar

[†] Universidad de San Pablo Tucumán, jhabib@uspt.edu.ar

^{*} Universidad de San Pablo Tucumán, brunoovejerosilva@gmail.com

¹ “Sittner Nelida Elida c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ Ordinario” (2020) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F. Expediente n° 15767/2018.

aplicar “fórmulas meramente mecánicas” y prefirieron acudir a un “diálogo de fuentes y a una integración normativa teniendo presente a la Constitución Nacional; los Tratados Internacionales y los fundamentos del Código Civil y Comercial”. El fallo suscitó comentarios de doctrina especializada.² Uno de ellos, escrito por María Agustina Otaola, se manifestó conteste con la conclusión arribada por la Cámara pero, curiosamente, no fundamentó la conclusión desde “un diálogo de fuentes”, sino que echó mano a un razonamiento más convencional: argumentar que este contrato de seguros involucraba a un consumidor y que, por lo tanto, se debían aplicar las reglas del derecho del consumidor, dentro de las cuales se incluye el plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 2.560 del CCCN.

En este trabajo inquiriremos acerca de la necesidad y posibilidad del llamado “diálogo de fuentes”. Para ello elaboraremos un análisis pormenorizado del fallo Sittner, en cuanto articula este tipo de razonamiento. En segundo lugar, analizaremos el argumento de Otaola, que llega a las mismas conclusiones que la Cámara, pero desde un punto de vista (a nuestro entender) más convencional, transparente e inteligible. Con todo, no echaremos por la borda al nuevo concepto de “diálogo de fuentes”. Por el contrario, en la tercera parte de nuestro artículo intentaremos elaborar una hipótesis de cómo podría formularse un mejor concepto de “diálogo de fuentes” y de cuáles serían las consecuencias para el derecho privado y el orden político-constitucional, si ese diálogo de fuentes fuera establecido como modo de fundamentación de soluciones jurídicas. Nuestra tesis en esta tercera y última parte es que un verdadero “diálogo de fuentes” podría ser muy atractivo para sociedades dinámicas y diversas como la nuestra, pero su establecimiento requeriría un cambio radical en el derecho privado y en doctrinas fundamentales de nuestra organización político-constitucional.

II. La argumentación en la Cámara de Apelaciones en lo Comercial

En “Sittner” la Sala F se detuvo a analizar el plazo de prescripción aplicable para los contratos de seguro con consumidores. La parte actora había postulado el plazo de tres años previsto en el artículo 50 de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, “LDC”), mientras que la aseguradora demandada requirió se imponga el plazo de un año establecido en el artículo 58 de la Ley de Seguros. En primera instancia se concluyó que correspondía aplicar el plazo anual en orden a lo normado por la Ley de Seguros.

² Son al menos dos. El primero, de Schiavo, Carlos A., “Prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro” (2020), La Ley, Cita Online: AR/DOC/873/2020, que argumenta que la solución establecida por la ley especial es clara y que, por lo tanto, el juez no debería apartarse de lo allí establecido. Caso contrario, los jueces estarían creando una ley, lo que viola el principio constitucional de división de poderes. El segundo comentario, escrito por Otaola, María Agustina, “Aplicación del plazo de prescripción quinquenal a contratos de seguros aplicables a consumidores. Un abordaje pro homine” (2020), La Ley, Cita Online: AR/DOC/999/2020 será objeto de un análisis más profundo en este trabajo.

La Cámara comienza por advertir que tenía decidido que el plazo de prescripción en los seguros para consumidores era el de tres años establecido en el art. 50 de la LDC, pero que, a la luz de recientes cambios legislativos (la ley 26.994 modificó el artículo relativo a los plazos de prescripción de las acciones que surgen de la LDC), el plazo de tres años correspondía solo a las sanciones administrativas emergentes de la LDC y no a las acciones judiciales como las ahora tratadas.

El tribunal comienza su argumentación adelantando que “el plazo de un año previsto por la ley especial resulta absolutamente breve y prácticamente condenatorio de los derechos de los asegurados”, esto –fundamenta– “en tanto resulta contrario a los principios protectorios de los consumidores dispuesto por el art. 42 y art. 75 inc. 22 CN”. Recuerda que “la Constitución es ley suprema [...] por ser aquella norma a la que todas las demás leyes y actos deben ajustarse. Esto quiere decir que todo el ordenamiento jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución”. A su vez, anota que el art. 42 de la Constitución Nacional garantiza los derechos de los consumidores y usuarios y el art. 75 inc. 22 CN, que otorga categoría de norma supra legal a tratados internacionales, agrega los derechos de los consumidores como parte de los derechos humanos constitucionales.

En este marco, el tribunal apunta que “encontrándose los derechos de los consumidores [...] dentro de los Derechos Humanos, [...] está en juego la dignidad de la persona” por lo que “la cuestión a decidir no puede soslayar el principio *pro hominis*”. De ello se sigue que, “si antes esta Sala aplicaba el plazo de la ley consumeril, aplicar un plazo menor, implica una interpretación regresiva que afecta el nivel de protección alcanzado y por lo tanto resulta contrario al principio ‘pro homine’ y ‘pro-consumidor’”.

Elaborada esta argumentación, prosigue el tribunal diciendo que “al no contar la ley 24.240 con un plazo de prescripción propio para las acciones judiciales, no cabe aplicar fórmulas meramente mecánicas, sino que se tiene que acudir para su valoración al diálogo de fuentes, y a una integración normativa teniendo presente a la Constitución Nacional; los Tratados Internacionales y los fundamentos del Código Civil y Comercial”. Así, dicha integración normativa en defensa de los consumidores va a hacer “escala técnica” en el nuevo Código Civil y Comercial que “recupera una centralidad para iluminar más fuentes [...]” estableciéndose “pisos mínimos de tutela conforme con el principio más favorable del consumidor”, con lo cual, en lo que concierne al plazo de prescripción, “se cambió el piso mínimo del art. 50 de la LDC (tres años) por el piso mínimo del plazo genérico de cinco años (5) previsto por el art. 2560 del Código Civil y Comercial”.

Así fundamentada su decisión, la Cámara cita a Lorenzetti y efectúa algunos descargos respecto al hecho de que en su decisión la misma aplica una norma general sobre prescripción cuando una ley establece una norma específica para el caso.³

Desde nuestro análisis, observamos que el razonamiento de la Cámara exhibe dos pasos. El primero consiste en desplazar el plazo de prescripción establecido por la Ley de Seguros. Esto sucede cuando dice “el plazo de un año previsto por la ley especial resulta absolutamente breve y prácticamente condenatorio de los derechos de los asegurados”, garantizados constitucionalmente por “los principios protectorios de los consumidores dispuesto por el art. 42 y art 75 inc. 22 CN”. El segundo paso consiste en integrar un nuevo plazo de prescripción. Visto que el plazo de la Ley de Seguros cercena derechos constitucionales, ese plazo debe ser desestimado y, por lo tanto, queda un vacío legal respecto al plazo de prescripción de las acciones nacidas de contratos de seguros con consumidores. ¿Cuál debe ser ese plazo?

La Cámara entiende que para integrar el plazo vacante no se deben aplicar “fórmulas meramente mecánicas” sino que se tiene que “acudir” a un “diálogo de fuentes”. ¿En qué consiste este diálogo de fuentes? La Cámara no se expresa al respecto. Lo que sí hace es mencionar que dicho diálogo “va a hacer escala técnica” en el nuevo Código Civil y Comercial que recuperó “una centralidad para iluminar más fuentes”. El Código Civil y Comercial prescribe que “en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor” (art. 1.094). De ello se sigue que se debe cambiar “el piso mínimo del art. 50 de la LDC (tres años) por el piso mínimo del plazo genérico de cinco años (5) previsto por el art. 2.560 del Código Civil y Comercial”.

En suma, a instancias del razonamiento de la Cámara, tal y como aparece en la letra del fallo, podríamos decir que el llamado “diálogo de fuentes” consiste en apelar al viejo derecho común. La Cámara dice que el diálogo de fuentes “va a hacer escala técnica” en el Código Civil y Comercial, que ostenta “una centralidad para iluminar más fuentes”. Esta no es una idea novedosa.⁴ Es conocida la doctrina que sostiene que a falta de material legislativo (o en presencia

³ Dice: “No se ignora que el art. 2.532 del CCyC dispone que “En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria” y que ello podría dar lugar a interpretar que el art. 58 de la Ley de Seguros se trata de una norma específica que desplaza la regulación del art. 2.560 del CCyC. No obstante, “ha de considerarse que dicha interpretación desatiende los principios y normas del CCyC, cuando afirma a través del art. 1094 y de los Fundamentos que las normas del Código son el “piso mínimo” y el núcleo duro” de protección al consumidor. De ahí que las pautas de las disposiciones específicas solamente resultan aplicables cuando respeten ambos lineamientos...”.

⁴ La idea que el derecho privado prescribe un importante número de normas y conceptos de los que otros derechos (consumidor, laboral, etc.) no pueden prescindir para poder completar sus relaciones jurídicas está consolidada en la doctrina nacional. “No obstante los desmembramientos ocurridos, el Derecho Civil sigue siendo la disciplina fundamental con un enorme contenido residual puesto que comprende todas las relaciones jurídicas de derecho privado que no quedan incluidas en un ordenamiento especial. Por lo demás, el Derecho Civil suministra a todas las

de reglas injustas o contradictorias) en alguna de las áreas especiales del derecho (derecho laboral, derecho comercial, derecho administrativo,⁵ entre otras) debemos recurrir al derecho civil (el viejo derecho común, o troncal) para encontrar algún principio o concepto general, a partir del cual podamos colmar la laguna (o corregir la injusticia o resolver la contradicción). Eso mismo, podría decirse, sucede en Sittner: se trata de un caso de derecho especial (derecho del consumidor y/o derecho de seguros), cuya regulación está dada por una regla injusta (el plazo de prescripción establecido en el art 58 la Ley de Seguros es, en palabras de la Cámara, “prácticamente condenatorio de los derechos de los asegurados”). A falta de una regla que supla el vacío dejado por (digamos) la inconstitucionalidad del art. 58, recurrimos al viejo derecho común, donde encontramos un plazo general de prescripción para acciones contractuales.

Esta es una interpretación posible sobre lo que la Cámara hace cuando acude al “diálogo de fuentes”. Sin embargo, una cita hecha por los jueces luego de decir que el diálogo de fuentes “va a hacer escala técnica en el Nuevo Código Civil y Comercial” (todo en el considerando 5) sirve como material para efectuar una interpretación distinta. En efecto, la Cámara cita los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.⁶ En ese texto, la Comisión redactora del Anteproyecto se plantea “si es adecuado reproducir en el Código Civil las reglas de la legislación de consumidores o bien sólo unos principios y reglas generales”.⁷ Por una serie de razones que no es necesario mencionar aquí, la Comisión “se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes”.⁸ Entre los efectos mencionados que aquí importan, se lee:

En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley

demás ramas del derecho privado los lineamientos básicos de la ciencia del derecho tales como la teoría de las personas, la de las cosas, la de los hechos y actos jurídicos en general, etc., que son acogidas por aquellas otras disciplinas en todo cuanto no hubieran sido modificadas especialmente.” J. J. Llambías, Tratado de Derecho Civil. Parte General, (T 1, p. 45, Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1993).

⁵ En similar sentido, pero desde el derecho público, J. C. Cassagne, Derecho Administrativo, (T 1, p. 141 8ed, Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2006), sostiene que hay “normas del Código [Civil que] no pertenecen exclusivamente al Derecho Civil sino a todas las ramas del Derecho.” Normas relativas a la capacidad de las personas, locación de cosas, dominio, instrumentos públicos, prescripción, “conforman la llamada parte general del Derecho” (cita omitida).

⁶ La Cámara dice: “Así, dicha integración normativa en defensa de los consumidores, va a hacer escala técnica en el Nuevo Código Civil y Comercial que “...recupera una centralidad para iluminar más fuentes...” estableciéndose “...piso mínimos de tutela conforme con el principio más favorable del consumidor...” (Cfr. “Fundamentos”; Título “Contratos de Consumo”; Punto 1) “Método”, subpunto d).

⁷ El texto Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación está disponible en http://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/Anteproyecto_CCCN_2012_fundamentos.pdf (último acceso 2 de Febrero de 2021)

⁸ Ibídem.

especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.⁹

Como se observa, es de los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de donde la Cámara toma frases como “el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes” y muy probablemente el entendimiento de “diálogo de fuentes”. En este contexto, “diálogo de fuentes” obtiene un significado más robusto que el mencionado en nuestra primera interpretación. Significaría, como en nuestra primera interpretación, que el Código Civil y Comercial es una fuente a la cual el intérprete problematizado con la aplicación de una ley especial debe recurrir, pero además, y aquí viene la novedad, la regulación del Código en materia de derechos del consumidor constituye “un piso mínimo de tutela” que prevalece por sobre cualquier legislación especial menos favorable.

En esta interpretación, el argumento elaborado por la Cámara en Sittner sería más complejo que el de un mero control de constitucionalidad y su consiguiente búsqueda de regla subsidiaria en el Código Civil y Comercial. El art. 58 de la Ley de Seguros no sería adecuado porque en un diálogo de fuentes (es decir, cotejando la solución dada por la Ley de Seguros con las soluciones que ofrece el Código Civil y Comercial) se pone de manifiesto que existe un plazo más favorable al consumidor, que es el plazo de 5 años, que el Código estipula en su art. 2.560 para las acciones contractuales que no tienen plazo expresamente estipulado. Ese plazo de 5 años constituye un piso mínimo de tutela para los consumidores, piso que es requerido tutelar por este “diálogo de fuentes”.

Como elaboraremos más adelante, este entendimiento de diálogo de fuentes no hace justicia al significado ordinario de las palabras. Desde nuestro punto de vista, la palabra “diálogo”, en cualquier contexto, pero por sobre todo en derecho, asume una suerte de igualdad de condiciones entre los que dialogan. Las personas que entran a un diálogo son personas que están dispuestas a cambiar de parecer, a modificar sus pensamientos iniciales. De lo contrario no dialogan; o el diálogo es hipócrita o en vano. En este sentido, si se quisiera elaborar un recurso argumentativo que tenga por título “diálogo de fuentes”, lo primero que se nos ocurriría esperar es que las fuentes que están en pugna (piénsese en el art 58 de la Ley de Seguros, que tiene vocación de regular acciones contractuales con prescripciones anuales, y el art. 2.560, que prescribe 5 años) entran en diálogo para encontrar una razón común, o una tercera regla que negociadamente satisfaga los intereses tutelados por ambos derechos. Cuando nosotros escuchamos “diálogo de fuentes” pensamos en pluralismo, democracia, soluciones negociadas. Sin embargo, y esta es nuestra crítica, “diálogo de fuentes”, tal y como está utilizado por la Cámara, no tiene nada de lo que, en nuestro entendimiento, ese concepto debería significar. En la primera interpretación que hemos

⁹ Ibídem.

efectuado, “diálogo de fuentes” significa que, una vez declarada la inconstitucionalidad de una norma especial, debemos ir al Código de derecho privado para encontrar una norma que regule el caso. Este entendimiento, como dijimos, no es novedoso ni implica un diálogo de fuentes. Se trata de una clásica remisión al libro que cuenta con las reglas subsidiarias. Aún más contrastante es el significado que diálogo de fuentes obtiene en nuestra segunda interpretación. Entendido como lo entiende la Comisión redactora del Código Civil y Comercial, “diálogo de fuentes” no evoca nada que se parezca a un diálogo. Según este procedimiento, las fuentes que dialogan no están en pie de igualdad, ya que el derecho del consumo prima por sobre cualquier otra fuente. Puesto de otra manera, la comisión decidió incorporar los principios del derecho del consumo en el Código de derecho privado, no para que estos principios dialoguen con otros, sino para que primen por sobre ellos. Así, cuando el juez no esté convencido de estar aplicando normas que tutelan al consumidor, debe visitar el código de derecho privado, no para encontrar “el lenguaje *común* de lo no regulado en las leyes especiales”, sino para encontrar el lenguaje del derecho del consumidor, que debe primar por sobre cualquier otro lenguaje. Esto no suena a diálogo. Suena, en el mejor de los casos, a una invitación a diálogo en el que si acaso se escuchan todas las voces, prima una sola: la del derecho del consumidor.

III. La argumentación de Otaola

En su artículo “Aplicación del plazo de prescripción quinquenal a contratos de seguros aplicables a consumidores. Un abordaje pro homine”,¹⁰ María Agustina Otaola arriba a la misma conclusión que la Cámara; es decir, que al contrato de seguro con consumidores se le debe aplicar el plazo de prescripción establecido en el art. 2.560 del Código Civil y Comercial. No obstante, esa conclusión es desarrollada sin involucrar al diálogo de fuentes. A nuestro parecer, el razonamiento que utiliza Otaola, aún cuando pudiera ser criticable, es más convencional, transparente e inteligible que el de la Cámara.

Otaola acepta que “nos encontramos ante dos regímenes de carácter particular y de aplicación preferente (no excluyente) a la legislación general”. Sin embargo, considera –citando a Carlos Ghersi– que puede haber “compatibilidad normológica entre las dos leyes especiales”. “La categoría de los contratos de seguros que resultarían alcanzados por la LDC sería la de los realizados mediante estructuras de adhesión”, que son la inmensa mayoría. “Amén de lo señalado, debe consumarse la figura del consumidor en la relación seguro-tomador, tal como se encuentra definido en el art. 1 de la LDC”, que dice: “Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en

¹⁰ Otaola, María Agustina “Aplicación del plazo de prescripción quinquenal a contratos de seguros aplicables a consumidores. Un abordaje pro homine” (2020) La Ley, Cita Online: AR/DOC/999/2020

beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. Entonces, “en tanto el tomador del seguro lo contrate en beneficio propio o de su grupo familiar o social, se configura la noción de consumidor prevista en el art. 1 de la LDC”.

Así entendido el asunto, queda analizar cuál es el plazo de prescripción de las acciones que emergen de los contratos con consumidores. Explica Otaola que el plazo de prescripción establecido en la LDC “refiere únicamente a las ‘sanciones’ emergentes de la LDC, mientras que las acciones quedarían sin un plazo específico de prescripción previsto en la ley consumeril”. En otras palabras, la ley consumeril no establece un plazo específico para acciones judiciales. “Sin embargo, cuando se entabla una relación de consumo, el plexo normativo se integra con otras normas aplicables”. Así lo establece el art. 3 de la LDC, que dice: “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen”. En este punto, prosigue el argumento, nos encontramos con dos alternativas para integrar la LDC: el plazo de prescripción de un año previsto por la Ley de Seguros (art. 58), y el plazo genérico que establece el art. 2.560 del Código Civil y Comercial. Otaola sostiene “*in dubio pro consumidor*”.

Recuerda Otaola que el principio mencionado se plasmó en el art. 3 del texto original de la LDC (“en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”) y los artículos 1.094 (“En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”) y 1.095 (“El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor”) del Código Civil y Comercial. Y remata:

La aplicación del principio implica —en un caso como el que se analiza— que en caso de duda se estará siempre a la aplicación de la norma que resulte más favorable al eslabón débil de la relación: el tomador del seguro [...] Controvertido el plazo de prescripción aplicable a este tipo de relaciones —entre una norma que establece el exiguo plazo de un año y un cuerpo normativo cuya interpretación conduce a la aplicación del plazo genérico de cinco años—, sin dudas habrá que aplicar este último, en congruencia con el principio desarrollado.

Uno puede estar de acuerdo o no con la argumentación de Otaola. Uno de los obstáculos más difíciles de superar es que el principio *in dubio pro consumidor* entra en escena cuando hay duda acerca de qué ley o interpretación aplicar (el art. 3 de la LDC dice literalmente “en caso de duda”, el 1.094 del Código Civil y Comercial también dice “en caso de duda” y su art 1.095 dice “cuando

existen dudas”). En el caso en cuestión, no encontramos duda ostensible, ya que, sea de consumo o no, el contrato es de seguro, y efectivamente hay una norma estableciendo un plazo de prescripción para las acciones emergentes de contratos de seguro (vgr., el art. 58 Ley de Seguros).

Con todo, la construcción de Otaola nos parece más convencional, transparente e inteligible que la argumentación desarrollada por la Cámara.¹¹ En efecto, creemos esto debido a que la opinión de Otaola se arraiga a la tradicional forma de argumentar del derecho argentino, en donde es común que en los casos en los que la ley no brinda una solución convincente, se procede a obviar la aplicación estricta de la ley escrita (art. 58 Ley de Seguros), y por medio de uno de los típicos medios de integración del derecho (en este caso: apelación a las reglas generales), se colma el “vacío legal” (art. 2.560 Código Civil y Comercial de la Nación), justificando este movimiento argumentativo con un principio general (en caso de duda se falla a favor del consumidor). Sin lugar a dudas, este tradicional modo de argumentar de abogados y jueces argentinos es pasible de importantes críticas. Pero, con su bagaje de críticas y todo, nos parece más entendible que el argumento desde el llamado “diálogo de fuentes”. Quizás, por qué no, cuando la argumentación desde el “diálogo de fuentes” haya tomado más presencia en nuestra práctica argumentativa, y su significado, supuestos de aplicación y límites se hayan al menos estipulado, el mismo sea tan familiar como el de Otaola. Al momento, esta argumentación es, cuanto menos, idiosincrásica.¹²

En segundo lugar, entendemos que Otaola es más transparente respecto a su posición jurídica que la Cámara de Apelaciones. En su artículo, uno rápidamente puede advertir que la autora considera que el derecho debe ser interpretado en beneficio de los consumidores. Su argumentación es a todas luces pro-consumidor. Repetidas veces menciona que el derecho tiene que proteger al consumidor de seguros, porque, frente al asegurador, es parte débil.¹³ Por el contrario, la Cámara es, desde nuestro punto de vista, menos transparente que Otaola en tanto involucra el término “diálogo de fuentes”. Así escuchado, la fraseología “diálogo de fuentes” hace

¹¹ Valga enfatizar que para nosotros es posible que la solución dada por la Cámara sea mejor que la de Otaola, desde el punto de vista de otros criterios. Quizá la construcción de la Cámara es más sofisticada, aggiornada e incluso correcta desde el punto de vista del derecho positivo actual. No emitimos juicio al respecto. Nosotros nos limitamos a decir que la construcción de Otaola es más convencional, transparente e inteligible. La explicación en el texto.

¹² Puesto de otra manera, desde nuestro punto de vista no está todavía del todo desarrollado lo que se entiende por diálogo de fuentes. ¿Qué significa “diálogo”? ¿Cuándo corresponde aplicar esta teoría? ¿Cómo dialogan las fuentes? Creemos que estas preguntas inquietan a los operadores del derecho tanto como a nosotros.

¹³ Citando a Ghersi: “la categoría de los contratos de seguros que resultarían alcanzados por la LDC sería la de los realizados mediante estructuras de adhesión, donde la asimetría de poder con el usuario impide cualquier tipo de negociación, de tal forma que la empresa estructura su contenido económico y jurídico prescindiendo de la participación del usuario, que sólo asiente con el negocio y, por esta misma razón, es protegido. Cabe aclarar que en la actualidad la inmensa mayoría de los contratos de seguro son celebrados mediante cláusulas de adhesión”. [...] “[La LDC] tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores— recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana” Cita a fallo CS, 11/12/2001, “Flores Automotores”, AR/JUR/4571/2001

imaginar que distintas fuentes (derecho del consumidor y derecho de los seguros) han entrado en respetuosa conversación, proceso en el que cada una de las partes fue escuchada, sus pretensiones valoradas y en cierto modo conformadas. Eso, como lo diremos más adelante, es lo que consideramos debería requerir un verdadero diálogo de fuentes. Pero nada de eso sucede en el fallo de la Cámara. Allí se habla de principios pro-consumidor, de la no regresión (en cuanto a protección de derechos adquiridos de los consumidores) y de los artículos de la Constitución Nacional que tutelan los mencionados derechos. Hasta ahí todo es transparente. La opacidad comienza cuando se utiliza el eufemismo “diálogo de fuentes”. Creemos que con un eufemismo tal (que quizá en su sentido técnico no quiera decir otra cosa que hay que favorecer al consumidor) lo que se logra es eclipsar argumentativamente la intención subyacente de favorecer a solo una de las dos fuentes. Leído rectamente, en ningún momento el régimen del consumidor entra en “diálogo” o “negociación” con el régimen en conflicto (Ley de Seguros). Como veremos, teóricamente es posible realizar un “diálogo” tal, pero para que ello suceda los jueces deberían tener poderes que la Constitución Nacional no les otorga.

Todo esto hace a la superioridad de la inteligibilidad de la argumentación de Otaola respecto a la argumentación de la Cámara. Para ser francos, ha sido difícil lograr seguir los pasos de la argumentación de la Cámara. A nuestro entender, las premisas del argumento aparecen entremezcladas y muchas veces enlazadas con conectores (como “con lo cual”) que no cumplen la función dada en la práctica argumentativa.

IV. Un verdadero “diálogo de fuentes”

La teoría del “diálogo de fuentes” tiene su origen en doctrina foránea acerca del derecho internacional privado.¹⁴ No obstante, la misma tomó entidad de teoría general del razonamiento en derecho privado con los desarrollos de la brasileña Claudia Lima Marquez¹⁵ y juristas argentinos como Gonzalo Sozzo.¹⁶ Esta sección se divide en tres etapas. Primero, esbozaremos el contexto histórico en el que aparece la teoría. Segundo, presentaremos las definiciones de diálogo de fuentes que han dado los autores recién mencionados. Como veremos, cuando estos autores hablan de “diálogo de fuentes” aparece, explícitamente, el sentido democrático y pluralista que, en nuestro entendimiento, la fraseología de por sí invoca. En un tercer momento

¹⁴ Ver Erik Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne” (1995) Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye II, p. 44.

¹⁵ Ver, por ejemplo, Cláudia Lima Marques, “Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002” (2004) Revista da ESMESE, N 7. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf> (último acceso 9 de febrero 2021).

¹⁶ Ver Sozzo Gonzalo, “El diálogo de las fuentes en el derecho del consumidor argentino” disponible en <http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2017/4355.pdf> (último acceso 5 de febrero de 2021).

esbozaremos una versión del diálogo de fuentes como tipo de razonamiento judicial. Nuestro interés no es desarrollar en pleno este método de argumentación. Solo queremos presentarlo a los efectos de exponer los presupuestos jurídicos que el mismo necesita.

El diálogo de fuentes surge en el contexto de lo que ha sido llamado pluralismo jurídico, la desfragmentación o descodificación del derecho privado.¹⁷ El pluralismo jurídico en el derecho privado se explica en clave histórica y en referencia a los códigos civiles del siglo XIX. Estos códigos se constituyeron para reglar situaciones entre individuos que se reputaban iguales, en tanto que gozaran de capacidad de elegir (o libertad). Esta racionalidad dio forma al contrato, la propiedad, la responsabilidad extracontractual —y a casi todas las instituciones del clásico derecho privado— que eran predominantemente descriptas con reglas que apuntaban a situaciones de hecho y prescribían consecuencias jurídicas que los jueces debían de dictaminar siempre que les tocara juzgar las mencionadas situaciones fácticas. Como resultado de múltiples cambios (desigualdades económicas, movimientos sociales, transformaciones tecnológicas, la globalización, la pérdida de fuerza de los Estados-naciones, el surgimiento de entidades supraestatales, etc.), a lo largo del siglo XX fueron surgiendo nuevos derechos, que tenían por propósito dar respuesta a situaciones y demandas que estaban “invisibilizadas” en los códigos del siglo XIX: derecho del trabajo, leyes de alquileres, derecho del consumidor, los derechos humanos (no discriminación, derecho del niño, derecho de la ancianidad, etc.), derecho económico, derecho de la competencia, derecho ambiental, a lo que se le agrega la regulación transnacional por organismos no estatales (desde Mercosur hasta grupos de estudio que elaboraron códigos de derecho internacional como UNIDROIT, pasando por entidades privadas globales que estandarizan normas como las ISO). Cada uno de estos derechos tiene una racionalidad que le es propia, distinta a la del derecho civil tradicional: mientras que el derecho civil tradicional prioriza las decisiones de los individuos que son reputados iguales, el derecho laboral busca realizar la justicia social, el del consumidor revertir la asimetría de poder que existe entre proveedor y consumidor, el de la competencia multiplicar la oferta disponible o prevenir el monopolio, etc.

En este complejo contexto de pluralismo jurídico, puede suceder que un caso llame la aplicación de dos “microsistemas”. Piénsese por ejemplo en Sittner, que al ser un contrato de seguros involucra al derecho de seguros, pero que, al ser un contrato entre un proveedor y un consumidor, involucra también al derecho del consumo, teniendo ambos derechos racionalidades

¹⁷ El famoso análisis de Natalino Irti, *L'età della decodificazione* (Giuffrè: Milano 1979). Un análisis más contemporáneo, que agrega a la ya conocida creación normativa por entidades supra estatales (como la Unión Europea) la complejidad de la creación normativa por entidades no estatales, en JM Smits ‘Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity?’ in R Brownsword, H-W Micklitz, L Niglia and S Weatherill (eds), *The Foundations of European Private Law* (Hart Publishing: London, 2011) p 323. Para una discusión actual de las teorías que se ocupan del pluralismo jurídico en Europa ver Vanessa Mak, “Pluralism in European Private Law” (2018) *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 20, 202.

muy diversas: uno busca socializar los riesgos de la vida moderna, el otro reducir la asimetría de poder entre proveedores y consumidores. A veces los casos que llaman a la aplicación de varios derechos especiales son susceptibles de ser resueltos según dos reglas igualmente válidas pero que estipulan soluciones distintas por provenir de dos microsistemas diferentes (antinomia). Para este tipo de casos, la solución del derecho privado siempre fue la de buscar hacer prevalecer una regla y, por tanto, una racionalidad por sobre la otra. De allí el conocido juego de reglas que dice que la ley jerárquicamente superior prevalece por sobre la ley jerárquicamente inferior, la ley posterior en el tiempo prevalece por sobre la ley anterior y la ley más específica prevalece ante la ley más general.

Los autores de la teoría del diálogo de fuentes creen que existe una manera de evitar las soluciones “monolíticas”, al decir de ellos. No debe haber “monólogo” de un microsistema; debe haber un “diálogo” de fuentes.¹⁸ En otras palabras, en lugar de aplicar la regla que deja feliz solo a una de las partes (monólogo), lo que el juez debe efectuar es un “diálogo de fuentes”. Resumiendo lo dicho en palabras de su representante en Argentina:

El “diálogo de fuentes” es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del Derecho moderno que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad o de jerarquía.¹⁹

Según la postura del diálogo de fuentes, el sistema (jurídico) es un complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello unas reglas de resolución de conflictos normativos que hicieran prevalecer unas por sobre otras equivaldrían a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad, que es uno de los valores de la posmodernidad.²⁰

¹⁸ En palabras de Lima Marques: “El diálogo presupone el efecto útil de dos (di) y una lógica o discurso (logos), mientras que el “conflicto” conduce a la exclusión de una de las leyes y expresa bien la mono-solución o “monólogo” de una sola ley. Este esfuerzo de búsqueda de nuevas soluciones plurales tiene como objetivo precisamente evitar la ‘antinomia’ [...] Así, evitando la ‘incompatibilidad total’”. Lima Marques, op. cit, p. 42 (la traducción es nuestra). La cita completa dice: “Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (di) e uma lógica ou fala (logos), enquanto o ‘conflito’ leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o ‘monólogo’ de uma só lei. Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a ‘antinomia’ (conflitos ‘pontuais’ da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto) pela correta definição dos campos de aplicação. Evitar, assim, a ‘incompatibilidade’ total (‘conflitos de normas’ ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a ‘não-coerência’ do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegido os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial, os consumidores.” (citas omitidas)

¹⁹ Sozzo, op. cit, p. 228.

²⁰ Ibídem., p. 229. Lima Marquez dice: “El desafío es este, aplicar las fuentes en el diálogo de manera justa, en un sistema de derecho privado plural, fluido, cambiante y complejo”. Lima Marquez, op. cit, p. 44 (la traducción es nuestra). El texto original dice: “O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo”.

Por esta razón el objetivo que se propone el diálogo de fuentes y sus reglas derivadas, para el caso de conflictos normativos, es poner en práctica una labor de “coordinar las fuentes”, es decir, integrar las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto.²¹

Si se lo compara con las tareas más comunes a las que estamos habituados en el campo del Derecho Privado como la subsunción normativa, el diálogo de fuentes aparece como un enorme –y muy exigente– desafío para la cultura del Derecho Privado.

A través del diálogo de fuentes el Código se transforma en un “punto de paso obligado” y de clivaje, en el cual las diferentes fuentes “dialogan” para extraer de allí una regla del caso.²²

Vemos entonces cómo el diálogo de fuentes viene a superar al método tradicional del derecho privado, que en casos difíciles como los de antinomia, no tiene otro remedio que recurrir a la empobrecedora mecánica de tener que desechar una norma, sea porque es inferior en su jerarquía, más general en su grado de especificidad, o anterior en el tiempo. Cuando hay dos reglas en conflicto (como es el caso de la supuesta antinomia que se da en Sittner, entre el derecho del consumidor y el derecho de seguros), lo que el operador jurídico debe obligadamente realizar es identificar las racionalidades a las que esas normas responden (disminuir asimetrías de poder, en un caso, distribuir riesgos en el otro), y ejercer una labor de “coordinación”, hacerlas dialogar, para “extraer de allí una regla del caso”. Esta labor no es nada sencilla, pero tiene como efecto el hecho de que la razón surgida del diálogo incrementa la riqueza cultural, que es lo que se busca en nuestros tiempos postmodernos.²³

²¹ Hoy, la superación de paradigmas ha sido reemplazada por la convivencia o coexistencia de paradigmas. Lima Marques, op cit, p. 43. El texto original dice: “Hoje, a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas, como indica nosso título”. (citas omitidas).

²² Sozzo, op cit, p. 230.

²³ En un pasaje Lima Marques (op cit, p. 42-44) sugiere una idea distinta a la expresada en el texto. El propósito del diálogo de fuentes en esta idea diferente es hacer dialogar las fuentes a los efectos (o con la función) de lograr una máxima protección del consumidor. El pasaje dice “Este actual y necesario “diálogo de fuentes” permite y conduce a la aplicación simultánea, coherente y coordinada de múltiples fuentes legislativas convergentes con el propósito de una protección efectiva”. Op cit, 44 (la traducción es nuestra). (“Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.”) (citas omitidas). Si el propósito del diálogo de fuentes es combinar cualquier fuente sea, a los efectos de maximizar la protección para el consumidor, ya no se trata en realidad de un “diálogo” de fuentes, sino de una combinación funcional de fuentes. La autora sugiere la misma idea aquí: “Evitar, assim, a ‘incompatibilidade’ total (‘conflitos de normas’ ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a ‘não-coerência’ do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegido os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial, os consumidores”. Op cit, 42 (citas omitidas).

Pues bien, ahora que hemos tomado contacto con los lineamientos generales de la teoría del diálogo de fuentes, es posible concluir que el fallo Sittner no aplica esta teoría. En Sittner se dice acudir a un “diálogo de fuentes” pero en ningún momento leemos a dos fuentes dialogar. No se escucha nada acerca de la racionalidad de la Ley de Seguros. Es verdad, los jueces efectúan una “escala técnica” en el Código Civil y Comercial y con eso apuntan hacia el “punto de paso obligado” que menciona el autor recién citado. Pero de nuevo, ese punto de paso obligado, esa visita al vocabulario común, no tiene por propósito encontrar las racionalidades que se necesitan para efectuar esa labor en la que “las diferentes fuentes ‘dialogan’ para extraer de allí una regla del caso.” El propósito del diálogo de fuentes que resuelve Sittner es ir hacia desde donde uno viene: se va del derecho del consumidor al Código Civil y Comercial para allí encontrar a los principios del derecho del consumidor, que son los que deben prevalecer en la solución del caso (el piso mínimo del que se habla en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial).²⁴ Por ello, el diálogo de fuentes efectuado por la Cámara no es un verdadero diálogo, si es que por “diálogo” queremos entender lo que la palabra más o menos dice en el lenguaje natural y en la teoría latinoamericana. El diálogo de fuentes que Sittner lleva a cabo es más como un monólogo: un monólogo del derecho del consumidor.

Con todo, creemos que sí es posible imaginar un diálogo de fuentes, de acuerdo a las definiciones dadas por sus proponentes.²⁵ El diálogo de fuentes que nos imaginamos es como una suerte de negociación entre los sectores involucrados, en la que se busca arribar a una norma que solucione el conflicto expresado en el caso. Este diálogo de fuentes no solo tendría lugar cuando existan dos reglas contradictorias (antinomia). Debería ser utilizado como método de búsqueda

²⁴ Ver la interpretación que damos al fallo Sittner en texto que acompaña a nota 6.

²⁵ Cabe resaltar que en los trabajos citados ut supra no hemos encontrado un desarrollo de lo que sería un método para hacer dialogar fuentes, en el sentido recién citado de “una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra”; de “poner en práctica una labor de “coordinar las fuentes”, es decir, integrar las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto”; que se evite lo que significaría “una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad, que es uno de los valores de la posmodernidad”; en fin, de un método de argumentación “en el cual las diferentes fuentes “dialogan” para extraer de allí una regla del caso”. Por ejemplo Sozzo, cuando describe “el método del diálogo de fuentes” (267 y ss.), establece reglas de diálogo como “maximizar el principio constitucional de protección del consumidor” (271), regla que, en lugar de postular una equidad en el escucha, hace prevalecer una voz por sobre la otra. Quizá los atisbos de un verdadero diálogo de fuentes aparecen más adelante, cuando Sozzo describe las “tipologías de diálogo de fuentes” (273). Aquí el autor describe tres tipos de diálogo. El “diálogo de coherencia” (273-4), que es lo que los juristas efectúan cuando integran normas de distintas fuentes para componer una relación jurídica (ver discusión nota 4), el “diálogo de subsidiariedad y complementación” (274-275), en donde “existe una aplicación coordinada de dos normas o principios, que hace prevalecer una norma por sobre otra” (274), y el “diálogo de influencias recíprocas sistémicas” (275), que se da cuando una institución general común a dos subsistemas interviene para iluminar el diálogo. Quizá este sea el modelo más prometedor para un verdadero diálogo de fuentes. El autor no hace más que citar ejemplos de principios que pueden ser comunes a dos subsistemas; los principios de la buena fe y el abuso del derecho. Tales principios, en efecto, pueden ser felizmente considerados como comunes a, por ejemplo, el derecho del consumo y el derecho de seguros. ¿Pero cómo deberían aplicarse esos principios para resolver un caso de modo que la solución sea manifiestamente una resultante de un diálogo en el que varias racionalidades han sido escuchadas y consideradas?



de soluciones en caso de laguna normativa y aún cuando exista una regla que se aplique al caso pero que la misma pueda ser considerada injusta, desde el punto de vista de otra racionalidad involucrada. Es que, para el diálogo de fuentes, la regla que habla con claridad respecto de un caso no es más que una propuesta de regulación, un punto de paso obligado, que el legislador propuso para servir de guía, pero a sabiendas de que los casos son infinitamente más complejos (o contextualizables) que sus hipótesis de trabajo. El juez, en efecto, partiendo o no de una regla, debe (y aquí viene la esencia del método del diálogo) tratar de satisfacer a todos los sectores, o racionalidades involucradas. En otras palabras, el juez, al resolver un caso, debe encontrar una regla que exhiba complementariedad con todos los derechos (o racionalidades) potencialmente involucrados, de modo que se pueda decir que ha existido un diálogo, o razón (por regla) surgida desde la armonización de los varios microsistemas de derechos o racionalidades involucradas.

Y así, para ilustrar con el mismo Sittner, el juez podría muy bien razonar que el plazo de 5 años del art. 2.560 del Código Civil y Comercial es un tanto extenso desde el punto de vista de la racionalidad del derecho de seguros. El derecho de seguros, que busca socializar los riesgos de la vida moderna, necesita de empresarios que vean a la empresa aseguradora como un emprendimiento redituable. A los ojos de ellos, un plazo de 5 años significa que nunca dejarán de atender demandas por parte de los asegurados. Ello se traduce en costes singulares: de abogados, de justicia, entre otros. Es en virtud de esta razón que su derecho (el derecho de seguros) les estipula un plazo breve, de un año (art. 54 de la Ley de Seguros). Este plazo, visto desde el punto de vista del consumidor, es del todo inaceptable. Si bien en un año pueden suceder muchas cosas, sería razonable dotar al consumidor de un tiempo más prolongado para ejercer acciones que surjan de un contrato de seguros. El juez podría concluir que entre los 5 años pretendidos por los consumidores, y el año que pretenden los aseguradores, podría situarse un número equidistante, digamos 3. Una suerte de razonamiento tal, desde nuestro punto de vista, habría ejercitado un verdadero diálogo de fuentes. Aquí ambas racionalidades fueron escuchadas. Y, lo que es más importante, el juez llegó a una conclusión que hace eco de ambas pretensiones. Este modo de razonamiento no hace prevalecer una lógica por sobre otra (como si solo escucháramos al consumidor). Este modo de razonamiento no allana la riqueza propia de una sociedad de muchas voces. Por el contrario, crea una nueva voz. Esta voz es la regla que se da en el encuentro entre consumidores y proveedores en el muy particular caso del contrato de seguros.

Para nosotros, el ejemplo de razonamiento judicial recién elaborado exhibe un verdadero diálogo de fuentes, en el sentido de que se escuchan fuentes “dialogar”; llegar a una decisión que acerca ambas pretensiones, en el caso concreto. Este “diálogo de fuentes” podría ser muy atractivo para sociedades dinámicas y diversas como la nuestra. Sin embargo, un tal diálogo de fuentes no tendría asidero en el derecho argentino, tal como hoy está constituido. Esto, lo observamos en dos planos: en el plano del derecho privado y en el plano del derecho constitucional.

Para empezar, el derecho privado es un derecho que se expresa principalmente en proposiciones que tienen sentido en tanto y en cuanto (solas o combinadas) describen hechos de los que se deben hacer seguir determinadas consecuencias. Estas reglas de derecho (la edad de 18 implica responsabilidad por los actos; la propiedad habilita a hacer lo que uno quiera con su cosa; el incumplimiento contractual culposo implica acarrear con los daños y perjuicios, etc.) son de central importancia para el normal funcionamiento del derecho privado, no solo porque guían a las personas en la proyección de sus vidas sociales, sino también porque constituyen en gran medida el mismísimo juego de la abogacía (son las reglas que usan los abogados para argumentar y los jueces para decidir). Creemos que un derecho privado determinado por un verdadero diálogo de fuentes sería un derecho en el que las reglas no tendrían tanta importancia.²⁶ La razón crucial es que, al cobrar preponderancia la racionalidad (de los distintos derechos) y el caso concreto, aumenta la posibilidad de contextualización que el derecho reglado ciñe con sus reglas y conceptos.

Déjenos clarificar con un ejemplo fácil. El derecho del consumidor cuenta con reglas (muchas de las cuales aparecen en la LDC), principios (algunos aparecen en la LDC, otros en el Código Civil y Comercial) y casos (toda pretensión que se presente a sí misma como de derecho del consumidor a un juez competente). En el contexto de un derecho del consumidor que es entendido y aplicado de una manera clásica, la labor del juez puede ser descripta de la siguiente manera: primero, recibir y comprender el caso; segundo, analizarlo desde el punto de vista de las reglas de derecho; tercero, si hay solución clara, adjudicar y, por el contrario, si hay solución contradictoria, injusta o no hay solución, tratar de sortear el escollo desde un principio. En este escenario clásico, sigue habiendo preponderancia de las reglas por sobre los principios ya que lo primero que hace el juez es analizar desde las reglas. Esto cambia si el derecho del consumo (o el derecho privado en general) es entendido y aplicado desde un método de adjudicación como el que hemos llamado diálogo de fuentes. Suponer que el juez al recibir y estudiar el caso nota que

²⁶ Tal es así que en la actualidad el derecho privado argentino, que no utiliza el método imaginado por nosotros, pero que es regido por el art. 1 del Código Civil y Comercial, es un derecho en el que la regla (como proposición que prescribe consecuencias precisas para situaciones de hecho determinadas) ha perdido su centralidad de antaño. Para el art. 1 del Código Civil y Comercial, los casos regulados por el código deben ser resueltos de acuerdo con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos por ella reconocidos. La presencia de esa importantísima norma ha dado lugar a revisiones teóricas respecto a la función que tradicionalmente cumplen las reglas que establecen consecuencias para hechos. Tal es así que, en comentario al Código Civil y Comercial, se ha dicho que “la norma deja de ser un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una *propuesta* del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados o completados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto: la coherencia es a posteriori, no legislativa, sino judicial”. Guzmán, NL, Discrecionalidad y Justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial (Astrea: Buenos Aires, 2019) p. 28 (las cursivas son nuestras). En igual sentido, el profesor Vigo, que dice que “Si en la constitución está todo el derecho ... las restantes fuentes son apenas proyectos de derecho vigente condicionado a la confirmación o corrección que le formulen los jueces constitucionales”. Vigo, RL “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos^{SEP} y algunas prevenciones”, en *Libro de Primer Congreso Iberoamericano XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, 515. Disponible en <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=2857> (último acceso 8 de diciembre de 2020).

el consumidor no es parte débil, sino fuerte. El juez podrá efectuar el siguiente razonamiento. Los principios del derecho del consumo tutelan al consumidor porque asumen que este es quien tiene menos poder económico, o conoce menos del negocio o arte u oficio que rige la producción del bien o servicio. En este caso concreto se da que quien es más rico y conoce más del asunto es el consumidor, no el proveedor. Aplicar mecánicamente las reglas del derecho del consumo (que privilegian legalmente al consumidor) sería equivocado. Un diálogo de fuentes que, como primera medida, debe aplicar racionalidades a casos concretos, debería aplicar la racionalidad del derecho del consumidor a efectos de privilegiar legalmente al proveedor, no al consumidor.

En el ejemplo recién desarrollado se observa cómo es que los jueces pueden dar primacía a las racionalidades y los casos por sobre las reglas. Sin lugar a dudas, desde el punto de vista de la racionalidad en cuestión, estaríamos ante un derecho más justo. No obstante, se trataría de un derecho en el que las definiciones y las reglas no tienen la importancia que solían tener, ya que siempre son corregibles. La consecuencia de ello se manifiesta tanto en el ámbito jurídico como social. Los abogados deberían entrenarse no en el arte de aplicar y discutir aplicaciones de reglas a casos, sino en la de razonar desde racionalidades. Esto quizás sea deseable, pero es muy diferente a lo que hoy se enseña en las facultades de derecho argentinas. En cuanto a lo social, el derecho privado, al no estar estipulado en reglas irrefutables, no tendría la función de guía de conducta que hoy tiene.²⁷

Pasemos al segundo y último punto, relativo a nuestra organización política. Es doctrina elemental de nuestra Constitución Nacional que los poderes estatales están distribuidos

²⁷ Vale aclarar que no creemos que el derecho privado de la actualidad, ni el decimonónico, haya sido un derecho que establezca soluciones claras para cualquier caso que se pueda presentar. En otras palabras, el derecho privado siempre debió confrontar casos difíciles y estuvo constituido por conceptos indeterminados para lidiar con ellos. El punto es que en un derecho privado como el decimonónico, los conceptos generales y principios tienen por función ayudar al interprete cuando no existan soluciones (laguna normativa), y para cuando la solución legal se vea reflejada en el caso concreto como una solución excesivamente contraria a valores jurídicos y/o morales. Nuestro punto es que existe una diferencia notable entre un sistema jurídico que dice a los jueces “las normas son modelos desde los que ustedes deben partir para que, luego de un diálogo (o si se quiere: ponderación) de principios, lleguen a la solución del caso” y un sistema que dice a los jueces “ustedes tienen que aplicar las reglas. Si no tienen regla, o si la regla es excesivamente injusta, ahí tienen los principios”. Con todo, esta utilización de principios para evitar aplicar reglas claras reputadas injustas siempre despertó polémica. En una interesantísima ponencia, Juan Carlos Bayón expone (a nuestro entender) una razón inédita, aunque de gran sentido común, que dice no apartarse nunca de la regla. Elaborado de una manera sucinta, el argumento dice así: nuestro estado es uno en el que el legislador regula y el juez aplica la regulación. En su caja de herramientas, el legislador dispone de principios y de reglas. Los principios son valores que el legislador considera deberían manifestarse en las decisiones judiciales. Las reglas son estipulaciones claras de lo que debe suceder cuando acaecen ciertas situaciones. Si el legislador optó por legislar una cierta situación con regla (y no con principio, pudiendo hacerlo) el juez debe respetar tal decisión. No aplicar la regla (por considerar que la aplicación del principio lleva a una solución más justa) significaría desconocer que el legislador tuvo la posibilidad de no regular ese caso concreto. El legislador tuvo la oportunidad de regular, y en esa instancia, eligió hacerlo con regla y no con principio. El juez debe respetar la decisión legislativa. Ver Bayón, J C, ‘Principios y Reglas: Legislación y Jurisdicción en el Estado constitucional’, pp. 45 y 46. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174677> (último acceso 15 de enero de 2021).

exclusivamente en entidades independientes. Se trata de la doctrina de la “división de poderes”. Según esta doctrina, el poder judicial aplica en los casos concretos la norma creada por otro de los poderes: el legislativo. En este contexto político-constitucional, el derecho privado, se trate de un cuerpo legal elaborado por juristas intelectuales o reglas formadas gradualmente en las prácticas sociales, es derecho privado obligatorio siempre y cuando sea reconocido por una legislatura (se piense en nuestra histórica ley 340). Es esa ley (sancionada por la legislatura) lo que aplican los jueces cuando aplican cualquier norma del Código Civil. Ahora pensemos en nuestro diálogo de fuentes. Recordemos que en este modelo los jueces no aplican reglas de derecho, sino que deciden casos armonizando racionalidades. Nuestra tesis es que un método de decisión judicial en el que los jueces hacen dialogar fuentes los habilita implícitamente para crear derecho, a veces incluso contradiciendo los dictámenes que surjan de las normas del poder legislativo.

En efecto, toda vez que el juez identifique un caso en el que la solución expresa en un texto normativo no haga eco de una de las racionalidades en juego, ese juez estaría llamado a modificar las consecuencias establecidas por la ley escrita en un modo que se evidencie que –en algún grado– ahora se satisface la racionalidad que el legislador omitió contemplar al momento de redactar la ley. Piénsese en el legislador de la Ley de Seguros, que estableció un plazo de prescripción de un año para los contratos de seguros porque, *ex hypothesi*, no tomó en cuenta los intereses de los consumidores. Un juez que evita aplicar la legislación de seguros a los efectos de que en la solución del caso se haga patente el diálogo con la racionalidad omitida es un juez que no está aplicando sino modificando el derecho legislado.

Más aún, podríamos aventurarnos a decir que un modelo total de “diálogo de fuentes” no requeriría las legislaciones del tipo que estamos acostumbrados, en las que sendas norman se dedican a especificar situaciones de hecho y consecuencias jurídicas. Un método de toma de decisión en el que el juez hace dialogar racionalidades (no aplica normas) debería tener como referencia no normas sino un definido y claro entendimiento de lo que constituye una racionalidad. Las legislaturas, por lo tanto, deberían ocuparse no tanto de sancionar reglas cuanto de estipular los rasgos definitorios de cada una de las racionalidades que componen la constelación jurídica (definiciones, características y comparaciones de la racionalidad del derecho del consumo, del derecho de seguros, del derecho procesal, etc.) y las reglas de razonamiento que los jueces deben tener en cuenta al momento de coordinar o armonizar las diversas racionalidades, es decir, las reglas que respondan a la pregunta de cómo hacer dialogar las distintas racionalidades en cada tipología de caso concreto. Este es un modelo en el que el juez asume una centralidad que en nuestra historia constitucional nunca tuvo, y en el que es muy difícil argumentar que el juez

“aplica” el derecho.²⁸ En este modelo es el juez –no el legislador– quien determina la solución de derecho para el caso concreto. En este contexto, entonces, cabría analizar si la elección de los jueces debería ser primordialmente una cuestión de ciencia –¿conoce el juez el derecho? ¿sabe hacer dialogar a las fuentes?– o además una cuestión de delegación de soberanía –¿queremos que sea este juez y no otro el que elije, de las tantas alternativas de solución posible (5 años, 1, 3) esta solución, y no otra?–.

IV. Conclusión

En este trabajo hemos abordado la perenne situación que se da cuando la ley aplicable al caso resulta contraria a la sensibilidad moral del tiempo y entonces los jueces buscan argumentar por un cambio con el cuidado de no evidenciar que se está cambiando el derecho y contraviniendo una doctrina constitucional. Un novedoso ejemplo de esos recursos argumentativos es el llamado “diálogo de fuentes”. Para conocer más acerca del mismo hemos recurrido a un fallo en el que se lo aplica. El fallo elegido cobró mayor interés ya que una de las doctrinarias que lo comentó llegó a sus mismas conclusiones pero de un modo más convencional. Esto nos permitió contrastar el llamado “diálogo de fuentes” con los modos convencionales con los que los jueces argentinos suelen fundamentar desviaciones de la ley.

Concluimos que en altas decisiones judiciales el “diálogo de fuentes” es utilizado como una figura retórica con la que se esconde una decisión fundada en preferencias del juzgador, preferencias que no se asientan en pautas objetivas provistas por el sistema jurídico. Esta figura puede ser utilizada incluso de modo engañoso, ya que, en su literalidad, frases como “diálogo de fuentes” y “complementariedad” significan que todas las partes han sido escuchadas y de alguna manera conformadas. Esto puede no ser el caso, tal como sucede en el fallo Sittner, en que se acude al “diálogo de fuentes” para complementar dos sub-sistemas de derecho (derecho del consumidor y derecho de seguros), pero en ningún momento se inquiere acerca de la racionalidad de una de las fuentes (la Ley de Seguros) ni se efectúa algún compromiso a favor de los intereses tutelaros en ese sector del derecho.

En el artículo también hemos tratado de tomar en serio esta novedosa doctrina y buscar imaginar cómo se debería articular la misma, para que cobren sentido sus requerimientos

²⁸ Aun imaginando que el proceso de determinación de las respuestas a un caso desde las distintas racionalidades sea un proceso mecánico, algo así como poner ingredientes en una procesadora y apretar el botón, botón que acciona un mecanismo que hace siempre lo mismo y que por lo tanto, ese mecanismo puede ser validado como objetivo, aun así, no podríamos decir que lo que hace el juez es “conocer el derecho”, ya que la respuesta variará según los ingredientes que se pongan en la procesadora (en Sittner, una respuesta será si se considera solo a los derechos del consumidor y seguros, y otra será si además se contempla al derecho procesal y su requerimiento económico de que no haya tantos casos).

intrínsecos. Propusimos que un verdadero diálogo de fuentes —que complemente racionalidades en discordia— requeriría cambios radicales en el derecho privado y constitucional. Algunos de estos cambios afectan a las ideas más consolidadas, como que el derecho privado se constituye con reglas que expresan consecuencias para situaciones de hecho y el derecho constitucional ordena que el poder judicial no debe crear sino aplicar el derecho creado por la legislatura. Nos parece claro, entonces, que abogar por la adopción de este modo de fundamentar sentencias implica aceptar un derecho civil más incierto y un Estado en el que las leyes son elaboradas por magistrados no elegidos por el pueblo.