

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: EL DERECHO TRANSITORIO

LOS SILENCIOS DE LA LEY, Y LA SUBSISTENCIA DE REGLAS PREVISTAS EN TEXTOS YA DEROGADOS

Fernando López de Zavalía

El artículo 4 de la ley 26994, dispone literalmente: “Deróganse el Código Civil, aprobado por la ley 340, y el Código de Comercio, aprobado por las leyes Nros. 15 y 2.637, excepto los artículos 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5, que se incorporan como artículos 631 a 678 de la ley 20.094, facultándose al Poder Ejecutivo nacional a reenumerar los artículos de la citada ley en virtud de la incorporación de las normas precedentes”

En su oportunidad, nos manifestamos – muy tempranamente- en contra de la substitución del Código Civil por un nuevo cuerpo normativo¹, y en general hemos sido muy críticos de todo ese proceso de reforma². Pero sin perjuicio de ello, una vez más hemos de lamentar que ella terminara cristalizando en una ley derogatoria del texto que nos rigiera por casi 150 años y que originariamente fuera obra exclusiva del genio de don Dalmacio Vélez Sarsfield.

Y es que, lamentablemente, y pese a que se ha pretendido lo contrario, fue un texto insuficientemente debatido no solamente en la comunidad académica, sino también – lo que es más grave- en el conjunto de la sociedad civil. E incluso más: ese escaso debate fue puramente formal, pues pese a que se formularon muy pertinentes observaciones, la gran mayoría – por no decir prácticamente todas- fueron desatendidas por el legislador de turno³.

Para empeorar las cosas, fue sancionado en soledad por el oficialismo, y en medio de serios cuestionamientos de la oposición que invocó la existencia de graves vicios en el

¹ Hemos abordado estas cuestiones, entre otras oportunidades, en nuestros artículos: *Reflexiones preliminares sobre el proyecto de derogación del Código de Vélez y su substitución por uno nuevo. A modo de amigable respuesta a una opinión*, publicado en ED, 2 de Julio de 2012, y en *Apuntes sobre algunos errores de procedimiento observados en el proceso de derogación del Código Civil de los argentinos*, publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/apuntes-sobre-algunos-errores-de-procedimiento>, y también en nuestra Ponencia presentada ante la Comisión Bicameral, en su Sesión Pública realizada en Tucumán, y que puede consultarse en http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdf/s/TUC_039_LOPEZ_de_ZAVALIA_Fernando_xF_Derecho-UNSTAx.pdf

² Ver, entre otros, nuestro trabajo: *Nuevo Código Civil y Comercial. Cuestiones preliminares de carácter general*, publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial.-cuestiones-preliminares-de-caracter-general>

³ En publicaciones científicas, y en distintas Ponencias presentadas ante la Comisión Bicameral. En particular, es paradigmático el caso de la Audiencia pública realizada en la ciudad de Córdoba, donde prestigiosos Académicos y Profesores de su Facultad de Derecho presentaron muy pertinentes observaciones, que no fueron ponderadas a la hora de aprobarse el texto finalmente sancionado.

procedimiento parlamentario, entre los que se contaba nada menos que la violación al reglamento por falta de tratamiento en las respectivas Comisiones de la Cámara de Diputados⁴, y formuló una denuncia penal contra el presidente del cuerpo, hecho sin precedentes en la historia institucional argentina⁵. Dichos cuestionamientos, han recibido el respaldo de reconocidos autores como Sabsay⁶ y Gargarella⁷ y de dos prestigiosas entidades académicas: el de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en sendos dictámenes fechados en Diciembre de 2014, ambos postulando la nulidad e inconstitucionalidad de la sanción legislativa⁸.

Todo ello hace posible – e incluso altamente deseable- que, en algún momento, lo actuado sea sometido a una amplia revisión.

I.- La permanencia de reglas pese a su aparente supresión

Pese a aquella derogación, y como lo expusieramos ya en otro lugar⁹, existen múltiples razones que no solamente justifican, sino que incluso obligan, a un estudio en paralelo de las disposiciones vigentes hasta el 1 de Agosto de 2015, y de las que se aplicarán a las relaciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código, al que en adelante se aludirá con esta terminología, o con la de CCivCom, mientras que para referirnos a los que son objeto de derogación utilizaremos, respectivamente, las de: C. Civil, y C. Com.

Y no nos referimos a las puramente históricas, que por sí solas justificarían ese estudio conjunto. Antes bien, y por el contrario, pensamos que existen razones prácticas que en el futuro, y, por largos años, van a obligar a dicha clase de análisis, y que serán demostrativas no solamente de la subsistencia de textos históricos teóricamente suprimidos,

⁴ <http://martinlousteau.com.ar/el-tratamiento-del-codigo-civil-es-inconstitucional-y-viola-el-principio-de-division-de-poderes/>

⁵ <http://www.lanacion.com.ar/1731832-ultimo-recurso-denuncia-penal-de-los-diputados-opositores-contra-el-kirchnerismo-para-frenar-el-codigo-civil>

⁶ Para la opinión de SABSAY, aunque no se comparte lo relativo a contenido, ver: <http://www.serajusticia.net/2014/10/reforma-del-codigo-civil-la-opinion-de.html>

⁷ La opinión del Profesor GARGARELLA sobre la inconstitucionalidad del nuevo Código Civil y Comercial ha sido volcada en distintas publicaciones en su blog, aunque tampoco comparto sus puntos de vista en torno al contenido

⁸ <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/search?q=C%C3%B3digo+civil&max-results=20&by-date=true>
Para los dictámenes: http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Codigo_Civil_y_Comercial_Opinion_de_la_ANCMYP.pdf, y <http://www.academiadederecho.org.ar/pdfs/97.pdf>.

La de Derecho de Bs. As, expresa entre sus conclusiones: «La trascendental importancia social, jurídica y política de una norma como el Código Civil y Comercial de la Nación y las graves irregularidades que han tenido lugar durante el trámite de su aprobación legislativa, reclaman la máxima atención por parte de las autoridades políticas, los jueces, la comunidad académica y los grupos de opinión pública. [...] El manifiesto quebrantamiento de las normas y principios constitucionales previsto para la sanción de una ley vicia su legitimidad de origen y pone gravemente en duda su validez como norma que integra nuestro sistema jurídico. A ello se añade, en un plano distinto, la falta de un auténtico y profundo debate sobre su contenido. [...] Sería de desear que los sujetos debidamente legitimados planteen una causa judicial impugnando la constitucionalidad del procedimiento empleado en la sanción de esta norma que es pilar fundamental de nuestra convivencia»

⁹ V.G. en nuestro ya citado trabajo: *Nuevo Código Civil y Comercial. Cuestiones preliminares de carácter general*

sino incluso del fracaso de la labor codificadora en la misión que es de su esencia y supuestamente la define: reunir en un cuerpo orgánico único el derecho que se pretende legislar.

II. Primera causa o fuente de permanencia

Una primera vía de subsistencia de las normas derogadas, habrá de derivar de su necesaria ultra actividad, debida no solamente al juego de los principios generales, sino también al hecho de que no se han previsto normas de transición para regular el trascendente cambio que representa la derogación de un código que ha regido durante casi 150 años, y el paso ordenado hacia uno nuevo, pues el art. 3 del actual Código Civil, reproducido con algunos retoques por el nuevo artículo 7, no estaba pensado para regir esa clase de eventos, y por lo tanto se ha de manifestar absolutamente insuficiente para solucionar la multiplicidad de problemas que se habrán de suscitar¹⁰.

Dejando de lado la pervivencia que ha de tener lugar como régimen supletorio en toda la materia contractual¹¹, parece necesario apuntar otra fuente de aquella vigencia que, a nuestro juicio, merece el máximo interés, a saber: como ya lo disponía el art. 3 del Cód. Civil – y lo reitera el nuevo art. 7- como un límite infranqueable que no podía ultrapasar “la retroactividad establecida por la ley”, ella nunca puede “afectar derechos amparados por garantías constitucionales”, de entre las cuales conviene tener presentes las establecidas por los arts. 17 y 19 de la CN. La posible afectación del art. 17 de la CN es la que, a primera vista, se exhibe con mayor evidencia en la materia, pues siguiendo a Goldschmidt toda

¹⁰ Coincide: RIVERA, Julio César: *Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el Congreso*, en LA LEY del 04/05/2015. Por ejemplo, y como lo recuerda el autor, en Italia la sanción del Código Civil de 1942 fue acompañada por el Real Decreto n° 138 del 30 de marzo de 1942 dedicado a las “Disposiciones para la aplicación del Código Civil y disposiciones transitorias”. Los primeros 113 artículos contienen normas de aplicación de cada uno de los Libros del Código Civil; y el Capítulo II, relativo a las “Disposiciones transitorias” sigue el mismo método, esto es, Libro por Libro del Código Civil, disponiendo la vigencia temporal de múltiples normas, y se extienden hasta el artículo 248

¹¹ Es que, como expresamente lo recuerda el art. 962 del nuevo CCivCom, “las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes”, lo cual torna directamente aplicable el nuevo art. 7 – que, en lo substancial, reproduce lo dispuesto en el último precepto del art. 3 del Código Civil todavía vigente- a cuyo tenor las “nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”. Por ello, por regla, ambos Códigos derogados serán aplicables ultra activamente – y no obstante su derogación- a las relaciones jurídicas de carácter contractual nacidas con anterioridad al 1 de Agosto de 2015. Por otra parte, nada impediría que en uso del poder normativo que expresamente acuerdan los arts. 958 y 962 del nuevo CCivCom, las partes decidieran – al modo de unas Condiciones Generales de la contratación- que todo el contenido no imperativo de su auto regulación de intereses se rigiera, para las hipótesis que no hubieran contemplado, por los Códigos ya derogados, cuyas soluciones – a fuer de cuerpos históricos suficientemente estudiados y aplicados por la doctrina y jurisprudencia- habrán de gozar de un mayor grado de previsibilidad para las partes, en tanto estatuto mejor conocido por ellas. Y es que, como expresara alguna vez uno de los grandes maestros del derecho civil que “...un viejo Código es como un viejo amigo. Se conocen sus virtudes y sus defectos. Y se sabe cómo aprovechar y gozar de las primeras, y cómo precaverse de los segundos. Cada una de sus disposiciones ha sido sopesada, analizada, desmenuzada y concordada con las restantes. Ya nada de él nos sorprende ni esconde trampas. Por eso la labor de perfeccionamiento, de adecuación de un Código Civil a las nuevas circunstancias, debe ser paulatina, operando aquí y allá, donde la reforma sea más urgente.”. (BORDA, Guillermo, Ley 17.711 de Reformas al Código Civil, ED, 228684.).

norma jurídica es la captación lógica neutral de repartos proyectados¹², donde lo que se reparte o distribuye es potencia e impotencia de conducta humana, y en consecuencia la potencia o posibilidad de conducta atribuida a un sujeto por la nueva norma, representará de ordinario y en un considerable número de casos para otro sujeto, la impotencia o imposibilidad de conductas que ya habían pasado a integrar el contenido de su derecho de propiedad. Ahora bien, como según la constante y reiterada jurisprudencia de la Excma. CSJN en la materia, el término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional o en otras disposiciones de ese estatuto comprende... “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad”, siempre que se encuentre en juego un derecho amparado por una garantía constitucional, habrá de funcionar aquél límite infranqueable¹³.

Pero por análogos motivos, tampoco podría ultrapasar aquella frontera una denominada “aplicación inmediata” que amparada en ese puro ruido verbal, terminara sacrificando en el altar de un fugitivo presente físico, todo un pasado espiritual definitivamente incorporado al patrimonio de sus titulares en el sentido definido por la Constitución Nacional.

Aunque sería poco menos que imposible resumir en un breve párrafo el pensamiento del autor a quien se sigue en este punto¹⁴, a fin de que se entienda el núcleo de su substancia, corresponde expresar: 1) El Derecho considera al tiempo como un transcurso, y como una ubicación dentro de un transcurso. En el primer sentido, y para emplear las palabras del Estagirita, como medida del movimiento según el antes y el después; y en el segundo buscando situar un ente jurídico dentro de una de las tres dimensiones temporales: pasado, presente y futuro; 2) Desde esta segunda perspectiva, cabe preguntarse: ¿En qué momento ubicar a los hechos, las personas, las cosas, las relaciones jurídicas? El tema se vuelve candente cuando se enfoca la doctrina de la inter temporalidad de las leyes, donde ha recibido un especial desenvolvimiento, pues se enfrentan aquí dos concepciones del tiempo en un diálogo interminable: a) Por un lado está la concepción del tiempo físico que llama pasado al pasado material, a esa hora marcada por los relojes que

¹² GOLDSCHMIDT, Werner: *Introducción filosófica al derecho*, Bs. As. 1978, n° 16, p. 14.

¹³ Con relación a la ley aplicable por remisión a las reglas que disciplinan el Derecho transitorio, la CSJT tuvo oportunidad de pronunciarse en la Sentencia N° 1316/2015 del 02/12/2015 y más recientemente en el voto de la mayoría recaído in re: JUAREZ, María del Carmen Vs/ CLÍNICA MAYO DE UMCB S.R.L. y Otros s/ Daños y perjuicios. Expte. N° D 9965/13, Sentencia N° 140/2016. En ambos supuestos, se dejó sentado criterio en el sentido que – como principio general que debe primar en lo que concierne a la ley aplicable en relación al tiempo- correspondía que la causa se resolviera conforme el texto vigente al momento de los hechos que dieron lugar a su formación, y conforme al cual las partes dedujeron sus pretensiones, y desplegaron su estrategia procesal, porque – como bien lo explicara Roubier- “los hechos que no han podido determinar la constitución (o extinción) de una relación jurídica, de acuerdo a la ley vigente el día en que se produjeron, no pueden, en virtud de una ley posterior, ser considerados como generadores (o extintivos), salvo que la ley sea retroactiva” (la cita puede consultarse en MOISSET DE ESPANÉS: *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, p. 42).

¹⁴ Ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando: *“Irretroactividad de las leyes”* publicado en *La Ley*, 135, p.p. 1495/3, y también en *“Reflexiones sobre el tiempo en el derecho”*, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT*, N° 25, p. 15 a 45, Tucumán Diciembre de 1978. Para otro enfoque, ver MOISSET DE ESPANÉS: *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, obra que puede consultarse en <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/Lairretroactividad.pdf>; ver también: JUNYENT BAS, Francisco A., “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”. *LA LEY*, 27/04/2015, 1.

no retrocederán, o por el correr de las aguas de ese río en las que no volveremos a bañarnos, porque transcurre fatalmente la vida sin regreso; b) Por el otro, está la concepción del tiempo espiritual que llama pasado, al moral, al intelectual, esto es a un pasado que abarca en una sola unidad al pasado material y a una parte del futuro físico como algo ya conquistado, como una posición tomada en el posterior devenir. En la concepción del tiempo espiritual los hechos pasados sólo cobran sentido cuando las fuerzas morales que desencadenaron se efectivizan en el futuro material, en cuyo momento el pasado habrá llegado a su plenitud; 3) En tal orden de ideas, si partimos de una estructura básica de la norma jurídica según la cual “Dado A debe ser B”, un jurista imbuido en la doctrina del tiempo físico se sentirá tentado a razonar así: A es el hecho, esto es, un acontecimiento (o no acontecimiento) que sucede en el mundo de la realidad; y B es la consecuencia jurídica que en definitiva se dirige a una conducta a cumplirse también en el mundo de la realidad. Y como los hechos que acaecen en el mundo de la realidad están sujetos al tiempo de los relojes, cuando hay un cambio de legislación, a la pregunta ¿qué ley los gobernará?, responden que la ley que rija en los respectivos tiempos. La ley del tiempo en el que se dio A, rige a A, y la ley del tiempo en que se dé B, rige a B. Pero el jurista que respira la doctrina del tiempo espiritual razona distinto. Parte de la base de que un acontecimiento del mundo de la realidad sólo es hecho jurídico en la medida en la que genera una consecuencia jurídica. En la norma "dado A debe ser B", A sólo es un hecho jurídico determinado porque debe ser B; si no debiera ser B sino C, sería un hecho distinto, y si no debiera ser ninguna consecuencia, se trataría de un simple hecho irrelevante para el Derecho. Por ello, sujetar a A y B a tiempos distintos equivale a fracturar la unidad inescindible del hecho jurídico. La ley nueva que se impusiera sobre B, so pretexto de gobernarlo, estaría en realidad alterando a A; 4) La concepción del tiempo físico desemboca en la doctrina de la aplicación inmediata; la del tiempo espiritual tuvo su exponente en la teoría de los derechos adquiridos, y es notorio que la ley 17.711, al substituir el art. 3 del Código Civil, se inspiró en la doctrina de la aplicación inmediata a través de las enseñanzas de Roubier. Pero, sea porque Roubier mismo no llevó la doctrina del tiempo físico a sus últimas consecuencias, sea porque nuestro texto contiene una relevante concesión a la doctrina del tiempo espiritual al referirse a las nuevas leyes supletorias, sea porque hablar de “derechos amparados” es aludir elípticamente a una subespecie de los “adquiridos”, sea, en fin, por el peso del resto del articulado del Código unido al de una tradición jurídica formada a la sombra del viejo artículo 3, lo cierto es que en la práctica se llega a múltiples soluciones que aun cuando se vistan con el ropaje de la aplicación inmediata, son, en el fondo, respetuosas de los derechos adquiridos.

Por lo demás, la tesis de la aplicación inmediata inspirada en la concepción del pasado físico, que ya se está insinuando en algunas opiniones¹⁵, ha de traer problemas

¹⁵ El día 15 de abril de 2015 la Cámara de Apelaciones de Trelew emitió un acuerdo plenario en el que se resolvió: “DISPONER que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó”. Este acuerdo produjo la respuesta de KEMELMAJER DE CARLUCCI, expuesta en “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”. LA LEY, 22/04/2015, 1. Ver la réplica de RIVERA en su ya citado trabajo: *Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite.....*, y también en *El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes*, publicado en elDial.com - DC1F98, del 07/08/2015. La propia la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Trelew, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia de los Sres. Jueces del

adicionales desde la perspectiva de la teoría constitucional, a la luz de lo dispuesto no solamente en el ya citado artículo 17, sino también de lo prescripto en el 19, y que ya fuera denunciado por Dworkin a propósito de la creación judicial de normas, pues, parafraseando y generalizando los dichos de este autor, si un juez “aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”¹⁶, y en consecuencia el justiciable habrá de conocer, recién en el momento de la sentencia, cuál era la regla de conducta a la que, varios años atrás, debió ajustarse su comportamiento, en franca colisión con el art. 19 de la Constitución Nacional¹⁷.

III. Segunda fuente de subsistencia

Una segunda fuente de subsistencia tendrá una mayor permanencia en el tiempo, y habrá de derivar de los vacíos y silencios del nuevo texto, respecto de hipótesis que el derogado contemplaba expresamente, y que en nuestra opinión han de pervivir en un elevado número de supuestos y no obstante la opinión de los autores del nuevo Código Civil y Comercial.

Es el problema que, con arreglo a terminología que propusiera Carlos Cossio¹⁸, un sector de la doctrina califica de “caso no previsto”¹⁹, o “caso de indeterminación involuntaria”.

Para solucionar dichas lagunas – reales según algunos autores, y aparentes según otros²⁰- conviene diferenciar cuál parece haber sido la intención del legislador, reflejada en

Cuerpo Dres. Natalia Isabel Spurno y Carlos A. Velázquez, pudo desarrollar con enjundia su punto de vista en la Sentencia dictada en los autos caratulados: “**SANCHEZ, N. O. y otros c/ D., D. Á. y otra s/ Daños y perjuicios**” (Expte. 67 - Año 2015 CAT), de fecha 11 de agosto del año dos mil quince. El punto más sensible se ha producido en materia de aplicación del nuevo régimen de divorcio a las causas en trámite, donde los pronunciamientos se han expedido en uno u otro sentido. Por lo anecdótico, merece citarse el de fecha dos de Setiembre del año dos mil quince, emanado de la Excm. Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, con los votos los señores jueces titulares Dres. Estela Inés Politino, Germán Ferrer y Carla Zanichelli, y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 522/12/4F-866/14, que ha merecido una encendida crítica por medios periodísticos de KEMELMAJER DE CARLUCCI.

¹⁶ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*: Barcelona 1989, cap. 4, p. 150. Un interesante estudio del pensamiento de Dworkin, que, en este punto, parte de una de sus discrepancias centrales con Hart acerca del rol creador de los jueces y la pretendida discrecionalidad de su función en los “*hard cases*”, puede verse en ROJAS AMANDI, Víctor Manuel: *El concepto de derecho de Ronald Dworkin*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 246 Sección de Artículos, 2006

¹⁷ Coincide: RIVERA, Julio César: *Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite*..... Para orgullo del abogado tucumano que esto escribe, el punto ya había sido insinuado por Cossio (COSSIO: *El problema de las lagunas del Derecho*, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, N° 5, año V, Diciembre de 1941; y en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, p. 26), como luego se ha de ver.

¹⁸ COSSIO: *El problema de las lagunas del Derecho*, en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, p. 49

¹⁹ Ver, por ejemplo, el magnífico ensayo de Juan Francisco LINARES, *Caso administrativo no previsto*, Bs. As. 1976

²⁰ En rigor, el mero uso del término “lagunas” ya puede estar sugiriendo toda una toma de posición respecto de un problema recurrente en la teoría jurídica, según correcta calificación usada por un autor en un trabajo reciente (NAVARRO, Pablo: *Lagunas permisos y discreción*, en Anal. filos. vol.33 no.1 Ciudad Autónoma de Buenos Aires mayo 2013). Por ejemplo, no ha tenido inconvenientes en aludir expresamente a ellas Hart, quien incluso reconoce que su visión es la de un “derecho, en parte indeterminado o incompleto, con jueces

las palabras de los autores del proyecto originario, de la que en definitiva quedara abstractamente plasmada en el texto sancionado.

Es que, como bien se ha dicho, las leyes se emancipan de sus autores, y por ello la labor interpretativa debe buscar desentrañar la voluntad no de un legislador concreto, sino la de un legislador abstracto que se presume sabio, y vive autónoma en el seno de la ley; una tarea, donde lo «que interesa es la ley y no la opinión del legislador concreto, y es sabido que aquélla se emancipa de éste, y de ello recibe su más alta dignidad»²¹, ya que de «la ley se afirma que es más sabia, más justa que el legislador»²².

llenando lagunas mediante el ejercicio de una limitada discreción judicial jurídico creadora” (HART: *Post scriptum al Concepto del Derecho*, UNAM, México 2000, p. 55), ni Goldschmidt quien llega a afirmar que “incurriría en contradicción lógica el legislador que prohibiese la existencia de lagunas. El legislador puede indicar un procedimiento a seguir, en caso de lagunas: lo que no es posible es que decrete sencillamente su ausencia. El legislador resuelve en la ley determinados grupos de casos dejando necesariamente sin resolver otros tantos grupos de supuestos, por lo inagotable de la realidad y lo limitado de la mente humana” (GODSCHMIDT, Werner: *Introducción filosófica al Derecho*, n° 78, p. 74). Para otra postura, y aún cuando el concreto problema sometido a examen del intérprete no se encuentre expresamente previsto en el sistema de fuentes formales, no existen – hablando con propiedad- lagunas en el Derecho, “ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida” (KELSEN *Teoría pura del derecho*, México 1982, p. 254); en el lenguaje de uso en la práctica forense, suele hablarse de lagunas de la ley, para significar la ausencia de una solución expresamente prevista en la norma, terminología que ya Kelsen conceptuara errada “puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido” (op. cit., p. 255). El supuesto error conceptual de esta postura, ha sido abordado con enjundia por nuestro comprovinciano Cossio (COSSIO, Carlos: *El problema de las lagunas del Derecho*, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, N° 5, año V, Diciembre de 1941; ver también *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, cuya segunda edición, del año 1947, contiene como primer capítulo el trabajo antes citado), como incluso lo recuerda Roberto Greco en un excelente trabajo publicado hace ya más de 30 años (GRECO: *¿Ultra-actividad de normas abrogadas o derecho libre?*, ED, T. 83, p. 680 a 702). Cossio efectúa un repaso de las distintas posturas que, según considera, se han esbozado al respecto en la historia del pensamiento jurídico, las que examina sucesivamente bajo las siguientes denominaciones: a) realismo ingenuo; b) empirismo científico; c) eclecticismo; d) pragmatismo; y e) apriorismo filosófico; todo ese prolijo examen está dirigido a demostrar, siguiendo las huellas de Kelsen, que hablando con propiedad tampoco existen lagunas en la ley, y le permite reprochar a la tesis ecléctica – que sostuviera que no hay lagunas en el Derecho, pero sí las hay en la ley- un vicio conceptual, y una confusión de planos, pues “sólo nos viene a decir que no hay lagunas en el ordenamiento positivo pero que algunas leyes son o resultan injustas o inconvenientes, aunque se agregue que la referencia disvaliosa califica únicamente al disvalor involuntario”

²¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando: *Teoría de los contratos*: § 19, III, 5, pág. 316

²² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando: *Teoría* § 25, IX, 1, pág. 446; y es que, como también enseñara el autor cuyo pensamiento se viene glosando «son posibles múltiples olvidos, y humanamente comprensibles, aun en el más sabio de los legisladores concretos, pero desechables para la sabiduría del legislador abstracto que vive autónomo en el seno del Derecho» LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando: *Teoría* § 26, III, 2, pág. 463. Por ello, al tocar el tema del pacto comisorio, llegó a advertir que «quizás no haya sido ésa **la intención del legislador concreto, pero, repetimos, buscamos la intención de la ley**» (*Teoría* § 36, II, 2, pág. 618), y otro tanto hizo, por ejemplo, al hablar de la lesión al apuntar que «**las leyes se emancipan de sus autores concretos**, y la letra se rebela contra el pensamiento de su redactor» (*Teoría* § 38, VII, 4, pág. 702). En análogo sentido, Cossio enseñó que el “Derecho como un todo, además de la suma de normas, es la estructura que las totaliza en una unidad y que como cualquier *todo empírico* no tiene una realidad separable de cualesquiera de aquellas” (COSSIO: *El problema de las lagunas del Derecho*, en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, p. 44)

1. Los textos sancionados y sus supuestos motivos²³

Ingresando a dicho análisis, que ha de efectuarse a la luz que puedan arrojar los textos sancionados por el legislador, cabe expresar que el nuevo código comienza, en su art. 1, con una muy clara, expresa – y altamente sugestiva- referencia a los “casos que este Código rige”, que, conforme el art. 3, el “juez debe resolver [...] mediante una decisión razonablemente fundada”.

Al decir de un prestigioso autor, con ello se ha perseguido acentuar el «nervio central de la vida jurídica en la sentencia judicial, lo que entraña poner el acento en el “caso” o, como lo llamó Viehweg, en el “pensamiento problemático”...»²⁴. Ahora bien, el pensamiento problemático no estuvo del todo ausente en el Código Civil, como lo demuestra una lectura de su art. 16, y lo reconoce el propio autor a quien se viene de citar²⁵.

Si todo se hubiera reducido a ello, el tema no merecería mayores comentarios. Sin embargo, en los Fundamentos (III.3) se lee, además, que "se prefiere incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial"; y, más adelante, todavía se añade que “Los dos primeros títulos “Del Derecho” y “De la ley” contienen guías dirigidas a los jueces y juezas. El título referido al ejercicio de los derechos tiene por destinatario principal a los ciudadanos”²⁶ (III.6.1).

A lo expuesto, debe sumarse también la supresión de dos reglas de clausura del sistema, como las configuradas por los arts. 18, y 22 del código derogado; con todos esos elementos, la visión panorámica sobre el conjunto bajo examen comienza a adoptar otras tonalidades bien diferenciadas, y – por qué no decirlo- preocupantes.

1.1. Y ello al punto, que el distinguido jurista cuyo pensamiento veníamos exponiendo, se expresa del siguiente modo:

«Se trata de una nota relevante, ya que muestra un paradigma teórico diverso del que caracterizó la idea codificadora decimonónica, la que pretendía, como es sabido, ceñir la totalidad de la vida jurídica a lo dispuesto por ese documento. Aquí, por el contrario, el Código no abraza pretensiones de completitud. Y dentro de ese horizonte, encomienda a los jueces la tarea de completar e integrar sus disposiciones. Se trata de una afirmación honda

²³ Hemos analizado estas cuestiones en nuestro trabajo *Código Civil y Comercial. El método. El Título Preliminar*, que puede consultarse en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial.-el-metodo.-titulo-preliminar>

²⁴ RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: su Comentario al Título Preliminar, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, Introducción general, p. 53

²⁵ RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: su Comentario al Título Preliminar, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, sobre el art. 1, p. 58

²⁶ Comentando ese pasaje VIGO (*op. y loc. cit*) se ha expresado en los siguientes términos: «Más allá de que esa distinción puede tomarse como una orientación general, debemos señalar que nos resulta demasiado forzada y poco realista. Es que en definitiva los jueces deben guiarse por el modo que pretende la ley para el ejercicio de los derechos, más aún, todo el Derecho se dirige a ciudadanos y autoridades (incluidos los jueces) por eso en el marco del Estado de Derecho Constitucional autores como Peter Haberle han reclamado ir de una sociedad cerrada de intérpretes "hacia la interpretación por y para la sociedad abierta".....»

en consecuencias, ya que deposita en uno de los poderes del Estado (el Judicial) la compleja misión de perfilar el sentido del documento...»²⁷.

1.2. De ser realmente ese el sentido perseguido por la reforma, es decir, dejar en manos de los jueces la solución de silencios y vacíos legales, ella nos merecería las siguientes observaciones de carácter crítico, que pasamos a sintetizar:

1.2.1. En primer lugar, cabe apuntar que la misión primera del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los “casos”²⁸, sino más bien en generar reglas destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos a fin de evitar que esos “casos”, lleguen a los jueces.

Es que, como lo ha demostrado con singular brillo Sebastián Soler a lo largo de una de sus obras maestras, toda acción humana presupone necesariamente un cálculo anticipatorio, de tal modo que *«así como no hay acción humana eficaz sin cálculo de las relaciones naturales sobre las que aquella incide, así tampoco hay acción humana eficaz sin cálculo jurídico»*, pues los «hombres ponen en marcha un plan solamente cuando conocen los márgenes de riesgo que comporta»²⁹.

Desde esta perspectiva de análisis, “una regulación austera”, y de “pocos artículos” que “permita el desarrollo jurisprudencial”, exige la correlativa supresión de reglas de conducta dirigidas a los ciudadanos, es decir de elementos necesarios, o cuando menos

²⁷ RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 38

²⁸ Todavía, y afinando el análisis, cabe observar que detrás de afirmaciones como éstas, podrían pretender buscar cobijo posturas enroladas en lo que Cossio denominara realismo ingenuo, que concibe “al Derecho como el Catalogo de casos abstractamente señalados en las leyes; con lo cual se tiene en cuenta una pluralidad de casos individualizados y no una totalidad sistemática” (COSSIO: *El problema de las lagunas del Derecho*, en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, p. 24). La observación parece pertinente, porque la postura que el autor tucumano calificara de realismo ingenuo, recibe últimamente nuevo impulso de la mano de teorías tales como la que cierta doctrina ha denominado “del espacio libre de Derecho” (KAUFMANN, Arthur: *Filosofía del Derecho*, Bogotá, 1999, cap. Décimoquinto), configurado por actos que, en esa polémica concepción, no son ni prohibidos, ni tampoco permitidos, en franca colisión con aquél axioma – que Cossio elevara a la categoría de principio ontológico- que enuncia que se encuentra jurídicamente permitido todo lo que no está jurídicamente prohibido.

²⁹ SOLER, Sebastián: Las palabras de la ley, II, p. 25 y 26. Dice nuestro autor: *«así como no hay acción humana eficaz sin cálculo de las relaciones naturales sobre las que aquella incide, así tampoco hay acción humana eficaz sin cálculo jurídico*. Es indispensable saber el comportamiento de las cosas y de los hombres. Lo uno se alcanza por el conocimiento causal; lo otro por el conocimiento de las normas que prescriben las acciones debidas. Lo uno es conocimiento del ser, lo otro del deber. Unas palabras menciona el mundo de lo real; otras el mundo de lo posible [...] Toda teoría jurídica que tienda – y ello está muy difundido hoy- a buscar la juridicidad en los actos cumplidos efectivamente por los órganos del Estado, olvida este aspecto fundamental del actuar específico del hombre: la imposibilidad de acción alguna sin proyección anticipatoria referida a acciones humanas todavía futuras cuyo cómputo positivo o negativo es absolutamente condicionante para toda empresa [...] Sólo esta moderna actitud puede explicar que siendo Santo Tomás un autor tan citado en temas de derecho, no se recuerde hoy que su definición genérica de ley es la siguiente: *lex quaedam reglae est et mensuram actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo ditrahitur*: regla y medida de los actos según la cual alguien es inducido a actuar o retraído de hacerlo [...] Los hombres ponen en marcha un plan solamente cuando conocen los márgenes de riesgo que comporta

útiles, para el cálculo anticipatorio de la acción humana, y por lo tanto no merece aprobación.

1.2.2. Por ello, la “regulación austera” diseñada, no solamente ha de dificultar el cálculo anticipatorio, sino que además viene a representar una forma sutil, pero no por ello menos grave, de vulnerar el artículo 19 de la Constitución Nacional., cuya recta doctrina se traduce en una exigencia de que las acciones “prohibidas” estén claramente definidas por reglas previas dirigidas a los ciudadanos, pues a su abrigo, ningún habitante de la Nación puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, de modo que todo lo que escape de dichos mandatos se encontraría “reservado a Dios” y exento “de la autoridad de los magistrados” .

En dicho sentido, conviene reiterar nuevamente que Dworkin ha dicho que si un juez crea retroactivamente en el momento mismo de la sentencia la regla de conducta que supuestamente regía al caso que tiene a conocimiento y resolución, “entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”³⁰.

O, para decirlo en palabras formuladas ya en el año 1941 por aquél comprovinciano que fuera uno de los más grandes iusfilósofos que nuestro país diera al pensamiento jurídico universal, ello nos ha de colocar frente al juez que “juzga sin norma positiva que lo regule, creando la norma individual de la sentencia al margen de la lógica del deber ser (con lo cual semejante sentencia no debería ser) y enunciando en la sentencia, a posteriori de los hechos, el principio regulador general que en teoría y como fundamento, ha de preceder a la sentencia”³¹, generando un verdadero contrasentido lógico que destruye la posibilidad de una construcción dogmática que pueda considerarse dotada de jerarquía científica.

Todo lo cual, en buen romance, equivale a decir que el litigante vencido habrá de conocer, recién en el momento mismo de la sentencia, cuál era la regla de conducta a la que, varios años atrás, debió haber ajustado su comportamiento para ser reputado conforme a Derecho, en franca colisión con el art. 19 de la Constitución Nacional.

Dicho precepto consagra una libertad fundamental del ciudadano. Por ello, toda restricción a dicho poder, debe ajustarse no solamente al principio de razonabilidad, sino también al de legalidad, lo cual en materia penal impone la necesidad de *lex praevia, certa*,

³⁰ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*: Barcelona 1989, cap. 4, p. 150. El punto ya había sido correctamente insinuado por Cossio, como a continuación se expone.

³¹ COSSIO, Carlos: *El problema de las lagunas del Derecho*, en *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, p. 26; y continúa nuestro autor: “Con esto el realismo ingenuo, en cuanto aspira a ser ciencia jurídica se contradice doblemente: Se contradice porque una sentencia dictada al margen de la lógica del deber ser, es una sentencia que no debería ser. Y se contradice porque la teoría jurídica afirma la precedencia de la norma general respecto de la sentencia, con lo cual, ocurriendo lo contrario en esta hipótesis, os hechos quedarían sin conceptualización teórico – jurídica, es decir sería imposible pensarlos científicamente. Pues, en efecto, la mera suposición resultante, de que se haría ciencia jurídica dogmática colocando las normas generales a posteriori de las normas individuales, es un contrasentido lógico porque destruye la posibilidad de la subsunción que caracteriza toda construcción dogmática”

*scripta y stricta*³², y en materia civil debería apuntar – al menos idealmente o en forma de tendencia- en una dirección análoga.

Por lo demás, si el “apartamiento de la solución normativa aplicable” ha sido definida como una de las formas que podía asumir la arbitrariedad, la supresión de toda solución normativa, viene a representar la máxima manifestación de arbitrariedad imaginable por parte del legislador, pues ciertamente el juez no se podrá apartar más de lo que ya no existe, pero en cambio tendrá absoluta libertad para moverse en esa ausencia de solución.

1.2.3. Por otra parte, la solución sería violatoria de los arts. 16 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Del primero de esos textos de nuestra Carta Magna – el art. 16- porque la deliberada supresión de soluciones normativas aplicables, incluso ha de incrementar – *favor rei*- el riesgo potencial, siempre latente, de que dos ciudadanos – por hipótesis iguales entre sí frente a la ley- juzgados por dos jueces diferentes, obtengan soluciones desiguales para casos substancialmente iguales. Y también del art. 75 inc. 12, porque la Constitución ha querido un solo y mismo código rigiendo sobre todo el territorio de la República, y no un código distinto para cada juzgado.

1.2.4. Como bien se ha dicho, en «una comunidad mínimamente desarrollada, la determinación del Derecho, *a fortiori* cuando éste venga identificado como "lo justo" del caso concreto, está encomendada a los jueces, cuyo origen y diseño es necesariamente institucional, positivo. Por tanto, es imposible pensar un Derecho desprovisto de su dimensión cultural e institucional; y en consecuencia, resultan insuficientes las caracterizaciones del Derecho que prescindan de tales dimensiones. [...] Negar lo anterior o, más fácilmente, prescindir de ello, puede dar lugar entre los cultivadores académicos del Derecho natural a que se incurra en la tentación de acceder a la idea del Derecho, o a la definición del Derecho, directamente desde la idea misma de lo justo natural, o desde la división entre lo justo por naturaleza y lo justo positivo, rechazándose partir de la experiencia de las relaciones jurídicas, que se nos muestran siempre y universalmente como marcadas por una dimensión institucional»³³.

1.2.5. De modo que a la luz del diseño institucional de nuestra República, dejar en manos de los jueces la solución de silencios y vacíos legales, no es un recurso que pueda considerarse compatible con un enfoque de orden constitucional.

Por el contrario, una solución respetuosa del diseño institucional de nuestra República debe buscarse en un sistema de fuentes formales, para lo cual será clave lo que a continuación se pasa a examinar.

32 Según enseña la doctrina penalista, el principio de legalidad implica cuatro prohibiciones que se erigen en otras tantas garantías del ciudadano: prohibición de la retroactividad (*lege praevia*); prohibición de la indeterminación (*lege certa*); prohibición del derecho consuetudinario (*lege scripta*); y prohibición de la analogía (*lege stricta*). Para la formulación en esos términos del principio de legalidad penal, ver JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada 1993, § 15 III; ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1997, § 5; WESSELS, Johannes: *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As. 1980, § 2; BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, Lima 2004, cap. II; III; ver también MAURACH, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona 1962, § 10

33 SERNA, Pedro: *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en *Las razones del derecho natural*, Universidad Austral, Bs. As. 2000, p. 82 y 83

2. La supresión de reglas de clausura del sistema y los vacíos producidos por la derogación de soluciones actualmente contempladas:

Vinculado al aspecto anterior, se encuentra íntimamente ligada la supresión de dos reglas de clausura del sistema como las configuradas por los arts. 18, y 22 del C. Civil. En ambos casos la intención general parecería estar dirigida a ampliar las potestades decisorias de los jueces, y en ese sentido deben darse por reproducidas las observaciones antes efectuadas.

2.1. Por el primero de esos enunciados normativos, resulta que los “actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”. La coordinación de dicho texto con el art. 1037 C. Civil, había dado lugar a discrepancias en la doctrina acerca de la existencia de nulidades virtuales, aunque compartimos la postura de quienes pensaban que el art 18 daba sustento a la clasificación de nulidades expresas y virtuales, y a la posibilidad de ineficacias del segundo orden en nuestro derecho³⁴.

La derogación de dicha regla de clausura del sistema, plantea el interrogante acerca de la sanción que cabrá adoptar en caso de la violación de disposiciones legales relativas a los presupuestos y elementos del negocio jurídico al momento de constituirlo, si la ley no declara expresamente la nulidad del acto.

Adviértase que el problema no se resuelve por invocación de textos como el 279 y 285 del nuevo código, porque el art. 18 tenía mayor amplitud y proyecciones, extendiéndose a otros requisitos del acto; por ejemplo, en materia de forma del negocio, a propósito de los contemplados en el art. 1184 C. Civil, que un sector de la doctrina interpretaba que eran exigidos bajo pena de nulidad a pesar de la supresión de aquella aclaración por la ley 17.711, precisamente por invocación del artículo 18³⁵, todo lo cual impactaba también en la exégesis del art. 1185. Desde esta perspectiva, el objeto puede estar permitido, pero el acto no satisfacer, sin embargo, otras exigencias que se encuentren legalmente exigidas como "deberes", cuyo incumplimiento representaría la violación de una prohibición de hacerlo de otro modo.

Se trata de un problema que mantiene actualidad, porque el nuevo art. 1017 prescribe que ciertos contratos “deben ser otorgados por escritura pública”, sin especificar la sanción para el caso de omisión, por lo cual el problema se habrá de resolver por remisión al art. 285 que ha generalizado para todo negocio jurídico la solución – y por lo tanto, también el problema interpretativo que generaba, y las interminables disputas entre las tesis formalistas y aformalistas³⁶- que contemplaba el art. 1185 C. Civil para los

³⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 34, V, 1; SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T II, N° 2588 y 2588 -A; BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T II, n° 1258; todavía más clara es la exposición de LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T II, n° 1881 a 1883

³⁵ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 19, III, 5; BREBBIA, Roberto: *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As. 1979, sobre el art. 916, § 8.

³⁶ Para las distintas tesis: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo: *Teoría de los Contratos*, T I. Parte General, § 19, III

contratos³⁷. Otro tanto acontece, por ejemplo, con el art. 1188 para la locación, con los arts. 1380 y 1386 para los contratos bancarios, con el art. 1455 para las agrupaciones de colaboración, con el art. 1463 para las uniones transitorias, con el art. 1473 para los consorcios de cooperación, con el art. 1479 para el contrato de agencia, con el art. 1579 para la fianza, con el art. 1601 para el contrato oneroso de renta vitalicia, con el art. 1618 para la cesión, con el art. 1643 para la transacción, con el art. 1650 para el arbitraje, con el art. 1669 para el fideicomiso, etc.

Los Fundamentos no proporcionan razones de esta supresión, pero a estar a lo dicho en otros pasajes, todo parecería apuntar a la finalidad de ampliar las facultades de los jueces a la hora de proceder a una integración judicial de los negocios jurídicos, en los términos del art. 389, convirtiendo en regla la nulidad parcial, que antes era excepción, modificación de la cual el art. 344 *in fine*, sería solo una muestra. Volveremos sobre este problema en breve al analizar las implicancias de la supresión del art. 22.

Por ahora, cabe anticipar que – por lo que luego se dirá a propósito de la supresión de dicho art. 22- entendemos que, en principio, tales problemas se habrán de resolver con arreglo a la costumbre – expresada en la doctrina y jurisprudencia- elaborada en torno a los textos derogados, de entre los cuales el primero en el orden será el propio art. 18. Es verdad que dicho texto ha sido eliminado del nuevo cuerpo escrito de la codificación, pero por contrapartida también se ha derogado la proposición normativa que podía representar un límite para su aplicación – el ya citado art. 1037- y que no obstante su existencia, en su hora tampoco significara un obstáculo para que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria concluyeran en la existencia de nulidades implícitas o virtuales en nuestro derecho, tesis esta que carga sobre sus espaldas con todo el peso de la tradición romanista³⁸.

³⁷ Los fundamentos del Anteproyecto parecieran inclinarse por una de las variantes de entre las tesis aformalistas, aunque su lectura, y sobre todo la del texto del artículo 285, también han de dar argumentos a las tesis formalistas. El tema tiene capital importancia a la hora de plantearse la posibilidad de las acciones de cumplimiento del contrato, como, por ejemplo, la entrega del inmueble y del precio, cuando ha mediado boleto de compraventa. Dicen los Fundamentos: «En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas distinguiendo entre formas absolutas, las relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de diversos negocios con forma exigida legalmente cuya no observancia no hace a la validez sino sólo a la producción de sus efectos propios». Desde una perspectiva formalista se ha de leer el art. 285 interpretando que dará lugar a una nulidad efectual, a menos que la ley contemple una nulidad plena.... pero desde la perspectiva aformalista se contestará que no da lugar a una invalidez, sino a una privación de sus efectos propios. Coincide con nuestra opinión acerca de la continuidad de la disputa, Rodrigo PADILLA, en su obra: *Cuestiones sobre Derecho Registral, Notarial, y Responsabilidad del Escribano*, Tucumán, p. 93 a 110.

³⁸ En el Codex, Libro I, Título XIV, 5, puede leerse que ya había dispuesto el legislador romano: «Lo cual mandamos que en general sea aplicable también á todas las interpretaciones de las leyes, tanto antiguas como nuevas, de tal manera que baste al Iegislador tan solo haber prohibido lo que no quiere que se haga, y sea lícito colegir de la voluntad de la ley lo demás como si estuviera expreso, esto es, que si se hubiere hecho lo que por la ley se prohíbe hacer, no solo se tenga por inútil, sino también por no hecho, aún cuando el legislador solamente hubiere prohibido que se haga, y no hubiere dicho especialmente, que deba ser inútil lo que se hizo Pero aún si se hubiere seguido alguna cosa de lo hecho con prohibición de la ley, ó por causa de ello, mandamos que también esto sea nulo ó Inútil [...] § 1 —Así, pues, conforme á la susodicha regla, por la que mandamos que en ninguna parte tenga valor lo hecho prohibiéndolo la ley, es cierto que ni tiene fuerza una estipulación de esta naturaleza, *ni es* de valor alguno el mandato, ni se admite el juramento». Hemos tomado la traducción de don Ildefonso GARCÍA DEL CORRAL

2.2. Del art. 22 del C. Civil resultaba que 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”

Cabe preguntarse si con la supresión de dicha regla de clausura del sistema, el legislador ha querido consagrar la solución inversa, a fin de adoptar un sistema abierto, como lo ha postulado ya algún comentarista³⁹.

La pregunta es pertinente, porque en su excesiva austeridad, el legislador ha suprimido una gran cantidad de reglas expresas que solucionaban diferentes problemas – por ejemplo en materia de cumplimiento de las condiciones, novación, cesión de derechos, y en toda una múltiple y variada gama de cuestiones, lo que se advierte con un simple golpe de vista, al enfrentar alguna tabla comparativa entre los textos nuevos y los que fueron objeto de derogación- dejando lagunas que habrá que completar.

De allí que un examen profundo del nuevo régimen exige también dirigir las miradas hacia las reglas que han sido materia de supresión.

2.2.1. Pero antes de abordar aquél análisis, conviene apuntar que la posibilidad de integración judicial plantea cuestiones conceptuales y filosóficas harto delicadas que hemos analizado en otro lugar⁴⁰, y donde disputan terreno la teoría de la *intentio iuris* de la pandectística alemana, y la *intentio facti*, que enarbolaran los juristas alemanes e italianos durante la última gran guerra mundial, al impulso de las ideas fascistas y nacionalsocialistas.

Cabe recordar que para los partidarios de la tesis de la *Intentio Iuris* la diferencia entre un simple acto voluntario lícito y un negocio jurídico debe establecerse teniendo en cuenta el objeto del querer, esto es la clase de modificación perseguida por la voluntad⁴¹. Según sus cultores, en los simples actos voluntarios lícitos la voluntad persigue una finalidad práctica, puramente empírica, o económico-social, y los efectos jurídicos se producen independientemente de su voluntad. En los negocios jurídicos la voluntad persigue, **además** de ese resultado práctico o empírico, una modificación en el mundo de los valores, una mutación jurídica para crear, modificar, transferir o extinguir derechos, **y los efectos jurídicos se produce porque estos han sido queridos como tales.**

En el polo opuesto se encuentra la teoría de la intención empírica, para la cual el sujeto del negocio persigue un fin puramente práctico, busca alcanzar un fin económico social, y **el Derecho adscribe a esa actuación un determinado efecto jurídico, independientemente de que haya sido querido como tal**⁴². En palabras de Danz “*jamás*

³⁹ RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: su Comentario al Título Preliminar, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, sobre el art. 3,

⁴⁰ Hemos ensayado una aproximación a este problema, en un trabajo publicado en la obra *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr Luis Moisset De Espanés*, Córdoba 2010, T I p. 471/498 titulado: *La integración del contrato. Perspectiva. Tendencias*, y también en nuestro comentario al art. 964 contenido en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por José María CURÁ, La Ley, Bs. As. 2014.

⁴¹ LOPEZ DE ZAVALÍA: *Teoría de los contratos*, § 7, V, 1;

⁴² Cabe apuntar que la tesis clásica jamás negó la existencia de ese fin práctico; simplemente negó que el acto se agotara en ese fin puramente empírico, como puede inferirse de la lectura del siguiente pasaje de

*ocurre que la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico se proponga producir un resultado de derecho [...] persigue de ordinario un resultado económico*⁴³.

Resumiendo lo que se expusiera en aquél trabajo – escrito antes de la sanción del nuevo código⁴⁴– en el problema de la Integración supletoria de los contratos, la teoría de la intención empírica es receptiva a la integración judicial, pues al decir de Alessandro Somma: «Fascistas y nacionalsocialistas atribuyen a la magistratura la tarea de realizar el programa político del régimen mediante una relectura de las normas positivas preexistentes»⁴⁵. En cambio, la teoría de la intención jurídica es, en principio, refractaria a toda integración judicial, porque en palabras de Giorgi: «*Cualquiera comprende que el juez*

SAVIGNY (*Traité de Droit Romain*, T III, § CIV): «En cuanto á los actos libres la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato formar ó destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico ...; y entonces se llama á los hechos de esta especie *manifestaciones de voluntad*»

43 DANZ, E: *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid 1926, p. 21. El pasaje ha alcanzado cierta celebridad, pues es frecuentemente citado (v.g.: ORGAZ, Alfredo: *El acto o negocio jurídico*, nota 21; LOPEZ DE ZAVALÍA: *Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica*) y dice así: «Por lo que se refiere al requisito del *resultado jurídico* que ha de perseguir la voluntad, jamás ocurre que la intención, la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico, se proponga producir un resultado de *derecho*. El que entra en un restaurante y pide una buena comida, el que alquila una casa bonita y bien situada, o pide prestado el paraguas a un amigo porque llueve, no pretende, evidentemente, en su interna voluntad, adquirir algo simplemente *imaginario, el crédito* que nace de un *contrato de compra* o de *arrendamiento*, porque eso no le sirve para acallar el hambre ni para habitar la casa o guarecerse de la lluvia. La voluntad interna del que celebra un negocio jurídico persigue de ordinario un resultado económico: procurarse el disfrute de una cosa, sea por un cierto tiempo, como en el contrato de alquiler y en el de préstamo, o de un modo definitivo y absoluto, como en el de compra». Para la crítica a su postura, ver: VON TUHR, *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Vol. II.1, § 50, V y VI, y los autores citados en la primera parte de esta misma nota; para una réplica a esos argumentos de los partidarios de la doctrina clásica, y una nueva defensa de la tesis de la intención empírica, ver: SCOGNAMIGLIO, Renato: *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Lima, 2004, n° 91 a 93, p. 263 a 275.

44 Conforme lo expusieramos en aquél trabajo, Vincenzo ROPPO (*El contrato*, Cap. XXI) ha propuesto clasificar el fenómeno, siguiendo dos criterios distintivos: el de los **fin**s que persigue, y el de los **mod**os como se realiza; a estos dos criterios agregamos un tercero, que examinamos en primer término, para conjugarlo con los anteriores: el de las **fu**entes a las que acude. a) Por las **fu**entes a las que acude, suele hablarse de una autointegración y de una heterointegración. La autointegración opera *dentro* del contrato. Si las cláusulas del mismo prevén determinadas situaciones y surge una imprevista, pero análoga, se razona que debe tener una regulación similar; cierta doctrina la ha denominado interpretación integradora, pero existe una gran anarquía entre los juristas, acerca del uso de este último vocablo por lo que vamos a dejar dicho problema fuera de esta exposición. La heterointegración parte de *fuera* del contrato, anexándole reglas que no pueden obtenerse por el solo examen desde dentro del negocio, como son las derivadas de las leyes supletorias e imperativas, los usos, la buena fe, y la equidad. A su turno, la aquí denominada, heterointegración puede ser examinada con los criterios que propone ROPPO, y clasificarla: b) Por los **fin**s que persigue, cabe distinguir entre integración supletoria e integración imperativa. La primera es amiga de la autonomía privada, y la segunda su antagonista, porque sacrifica la libertad contractual en nombre de intereses que se suponen superiores. c) Por los **mod**os como procede, la integración puede ser legal o judicial. En la primera, la fuente directa de la integración es una ley en sentido material, tal como una norma supletoria, una regla de costumbre, o un uso contractual, que está definida con precisión antes del acto de integración. En la segunda, la fuente directa de la integración es la apreciación judicial que crea *ex post* la regla de conducta a partir de una fuente indirecta, tal como la equidad o la buena fe.

45 SOMMA, Alessandro: *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, n° 8, p. 103; en idéntico sentido: MONATERI – SOMMA: *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, n° 7.

no puede tener la libertad de trocar un contrato, sujetando a las partes a consecuencias jurídicas a que ellas no pensaron someterse»⁴⁶.

En materia de integración imperativa, para la teoría de la intención empírica, la regla será la nulidad parcial del contrato, pues como lo explica Alessandro Somma, para los nacionalsocialistas una nulidad que no permita una reforma del contenido del acto, resulta un impedimento «inconciliable con el propósito de adecuar el propósito individual a las exigencias del ordenamiento, y que representa, entonces, un exagerado respeto a la libertad contractual»⁴⁷. Para la teoría de la intención jurídica, la regla será la inversa, esto es la nulidad total, y sólo por excepción, la nulidad parcial. Es el principio sentado por el § 139 del BGB⁴⁸. La razón de esta solución, ha sido bien explicitada por Bibiloni con argumentos de innegable peso y que no podemos menos que compartir; con palabras de aquél autor, en materia de contratos: «Sus cláusulas constituyen un conjunto. Lo que se ha querido no es tal parte aislada, y tal otra también aislada. Se ha querido el todo, tal como fue ajustado»⁴⁹.

No está muy claro el sentido de la reforma, que pareciera haber llevado demasiado lejos, su austeridad, y ello ha de traer serios problemas interpretativos en el futuro, pero por las razones aquí expresadas⁵⁰, nos inclinamos – en principio y salvo expresa disposición legal en contrario- por las soluciones que postula la teoría de la intención jurídica.

2.2.2. Efectuadas las precisiones que anteceden, cabe volver al interrogante que dejáramos planteado sub 2.2, y contestar en forma afirmativa – como lo viene haciendo don Luis Moisset de Espanés- aquella pregunta para concluir que, como ya lo postulara Rabbi Baldi⁵¹, con la supresión de dicha regla de clausura del sistema, el legislador ha querido consagrar una solución parcialmente inversa de aquella, a fin de adoptar un sistema abierto hacia reglas no escritas de manera explícita en la actualidad, pero que han de considerarse subsistentes – en tanto hasta el 1 de Agosto de 2015 fueron solución normativa prevista por ley- como expresión de usos prácticas y costumbres en situaciones no regladas legalmente, en los términos del art. 1 del nuevo CCivCom⁵².

Por ello, a la hora de intentar solucionar los vacíos o silencios que ha dejado la nueva ley, habrá que considerar en principio subsistentes las reglas que han sido materia de

46 GIORGI, *Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, 19328, n° 194

47 SOMMA, Alessandro: *El derecho fascista de los contratos: Una comparación con el modelo nacionalsocialista*, n° 8, p. 105, nota 97; en idéntico sentido: MONATERI – SOMMA: *The Fascist Theory of Contract. A Comparative and Historical Inquiry into the Darker Side of Contract Law*, n° 7, y nota 61. Ambos trabajos, señalan la peligrosa instrumentación política de una norma clásica como el § 138 del BGB, que prescribe la nulidad por infracción a las buenas costumbres, a partir de una redefinición en clave revolucionaria de lo que se debe entender por “buenas costumbres”, para avanzar – vía nulidad parcial- sobre el contenido del acto querido por las partes.

48 Para un análisis de dicho texto, ver VON TUHR: *Teoría general del Derecho Civil alemán*, Vol. II.1, § 56, IV; LEHMANN: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, § 27, II. 1; FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, § 32.

49 BIBILONI, J. A.: *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, Bs. As., 1929, t. I, p. 181.

50 Y en los trabajos antes citados a los que remitimos.

51 RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: su Comentario al Título Preliminar, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por RIVERA – MEDINA, Tomo 1, sobre el art. 3,

52 Coincide con esta opinión don Luis MOISSET DE ESPANÈS, conforme lo expresara en una conferencia pronunciada en Santiago del Estero, en oportunidad de ser investido como Doctor Honoris causa de su Universidad Católica.

supresión, salvo que ellas estuvieren expresamente excluidas por el nuevo régimen, o fueren incompatibles con su letra o espíritu, único límite que traza a la costumbre el nuevo art. 1.

Es que, conforme en su momento lo entendiera la doctrina, el texto del art. 22 del C. Civil, inspirado en el art. 6 del Código del Ducado de Baden⁵³, era fiel reflejo del ideal que presidiera toda la codificación decimonónica, y por lo tanto de la pretensión de exclusividad que se suponía debía investir el Código Civil para regir en plenitud y de un modo completo todo lo relativo a dicha rama del derecho⁵⁴ hasta agotar la materia legislada⁵⁵; razón ésta por la cual, sus vacíos debían llenarse por la forma que el propio código instituía, y no por aplicación de leyes anteriores cuya derogación expresa se disponía⁵⁶, precisamente con la finalidad de tornar eficaz aquellas ideas de exclusividad, autosuficiencia y plenitud.

Y todo ello, en un marco conceptual donde la fuente formal por excelencia del derecho era la ley, pues a tenor del primitivo art. 17 del C. Civil, el “uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellas”, y en consecuencia solamente la costumbre *secundum legem* era admitida con valor de fuente formal por las reglas de reconocimiento del sistema.

Pero el nuevo código no pretende erigirse en un sistema cerrado ni mucho menos autosuficiente, en el que la ley venga prácticamente a agotar el elenco de fuentes formales del derecho, con la sola excepción de una muy modesta recepción de la costumbre *secundum legem*; por el contrario, se inserta, como ya antes se dijera, en «un paradigma teórico diverso del que caracterizó la idea codificadora decimonónica, la que pretendía, como es sabido, ceñir la totalidad de la vida jurídica a lo dispuesto por ese documento.

53 El codificador cita en la nota el art. 1 del Código de Baden, pero en realidad la fuente es su art. 6.b. En lo pertinente, y conforme la información que hemos tomado de la *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* de SAINT-JOSEPH, decía aquél texto: «6. a. Chaque article de ce code dit tout ce qu'on y trouve explicitement ou par interprétation logique, relativement à la loi civile, à moins que d'autres articles ne s'y opposent. [...] 6.b Ce qui n'est dit ni explicitement ni implicitement par aucun article de ce code, ne peut former loi en droit civil, quoiqu'antérieurement une disposition semblable ait été en vigueur soit d'après une loi générale ou spéciale, soit d'après des coutumes ou des arrêts». El antecedente de esta regla, puede encontrarse en el art. 7 de la Ley del 30 Ventoso del año XII, a cuyo expreso tenor se disponía que: «A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code», y cuyo texto hemos tomado de AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T I, §14

54 SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, N° 58-C, p. 102; LLAMBÍAS, Jorge J.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, n° 217; RIVERA, Julio César: *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*, 3ª edición, Bs.As. 2004, n° 213, p. 240; LAVALLE COBO, en su comentario al art. 22 contenido en el *Código Civil y leyes complementarias Comentado, anotado y concordado* dirigido por BELLUSCIO – ZANNONI; BUSSO, Eduardo, *Código Civil*, comentario al art. 22. Según MACHADO (*Exposición y comentario del Código Civil argentino*, T. I, p. 57), el art 22 sería también una expresión de la emancipación o autonomía legislativa, idea que es rechazada por Busso

55 MACHADO: *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, T. I, p. 56

56 SALVAT-LÓPEZ OLACIREGUI: *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, T I, N° 58-C, p. 102; MACHADO: *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, T. I, p. 57

Aquí, por el contrario, el nuevo Código no abriga pretensiones de completitud»⁵⁷; y es, además, expresión de un sistema en el que la costumbre *praeter legem* – de modo congruente con el papel que ella desempeña en materia comercial, y que queda unificada con la civil- es ampliamente admitida en su art. 1, y donde, la jurisprudencia estuvo originariamente llamada a desempeñar un papel más trascendente que el que finalmente quedara plasmado en la redacción de aquél texto legal.

Y la costumbre – ampliamente reconocida por el art. 1 del nuevo CCivCom como fuente formal, salvo que sea contraria a derecho- es generadora de reglas de conducta de modo semejante a la que expresa la norma emanada del legislador, como bien lo expresara Kelsen⁵⁸, siempre que ello esté previsto por los preceptos que regulan la producción de normas, o que pudieran considerarse tales en virtud de lo que Hart denominara reglas de reconocimiento del sistema⁵⁹.

Lo dicho previamente – que la regla que hasta ayer era ley escrita emanada de la autoridad, sobreviva en el futuro como expresión de una costumbre *praeter legem*- no debiera sorprender, porque como ya lo expusiera Tomás de Aquino, la observancia misma de la ley termina por generar una costumbre que viene a servirle de soporte a la primera, razón por la cual incluso se mostró, en principio, desfavorable a los cambios legislativos, a los que encontraba el inconveniente de poner en pugna la ley nueva con la costumbre formada en torno a la abrogada⁶⁰.

⁵⁷ RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato: Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, dirigido por RIVERA – MEDINA, p. 38

⁵⁸ Dice Hans KELSEN: «Los actos constituyentes del hecho de la costumbre pueden también establecer normas mediante las cuales un comportamiento queda determinado como debido. Cuando los hombres, que conviven socialmente, actúan durante cierto tiempo bajo ciertas condiciones idénticas, de manera de algún modo **igual, surge en cada individuo la voluntad de actuar en la manera como los** miembros de la sociedad consuetudinariamente actúan. El sentido subjetivo de los actos constituyentes del hecho de la costumbre, no es, por de pronto, un deber. Sólo cuando tales actos se han sucedido durante cierto tiempo, aparece en cada individuo la representación de que debe actuarse como los miembros de la sociedad suelen hacerlo, y el querer que también los restantes miembros de la sociedad se deban comportar así. Si un miembro de la sociedad no actúa en la forma en que los otros miembros suelen hacerlo, su conducta es objeto de reproches por aquéllos, puesto que no se conduce como ellos lo quieren. Así el hecho de la costumbre se convierte en una voluntad colectiva, cuyo sentido subjetivo es un deber. Como norma objetivamente válida sólo puede ser entendido el sentido subjetivo de los actos constituyentes de la costumbre, cuando la costumbre es introducida por una norma superior como una circunstancia productora de normas. Dado que el hecho de la costumbre está constituido por actos de conducta humana, las normas producidas por la costumbre son establecidas por actos de conducta humana, y, de ese modo, de igual manera que las normas cuyo sentido subjetivo es ser actos legislativos, son también normas *impuestas*, es decir: normas *positivas*. La costumbre puede producir tanto normas morales, como normas jurídicas. Las normas jurídicas son producidas consuetudinariamente cuando la constitución de la comunidad establece a la costumbre -y, ello, una costumbre especialmente caracterizada- como un hecho productor de derecho» (*Teoría pura del derecho*, México 1982, p. 23)

⁵⁹ HART, Herbert: *El concepto del derecho*, cap. VI, 1.

⁶⁰ SUMMA: I – II, q 97, a 2. Dice allí el aquinate: «**Objeciones** por las que parece que la ley humana debe modificarse siempre que se encuentra algo mejor [...] **En cambio** está lo que se dice en el *Decreto*, dist.12: *Es una vergüenza ridícula y abominable que toleremos la violación de las tradiciones que desde la antigüedad recibimos de nuestros mayores* **Solución**. Hay que decir: Según ya vimos (a.1), en tanto es legítimo cambiar una ley en cuanto con su cambio se contribuye al bien común. Ahora bien, por sí mismo, el

2.3. La aplicación de tales reglas derivadas de la costumbre que ha de quedar en pie tras caer abatidas las normas positivas que le dieran vida y cobijo durante casi ciento cincuenta años, debe ser previa a la de los “principios”, mentados en el art. 2 del nuevo Código Civil y Comercial⁶¹.

Contra dicho orden, no cabría argumentar pretextando que la intención del legislador se ha exteriorizado por el diseño de “un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores” (Fundamentos III.1)

No cabría argumentar de ese modo no solamente por lo ya expuesto sobre las leyes que se emancipan de sus autores, sino también por las siguientes razones adicionales:

2.3.1. En primer lugar, porque el propio art. 1 del nuevo código reconoce como “fuentes formales” del Derecho a la ley y la costumbre; esta última, al igual que el art. 17 del CCiv “cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente”, aunque a continuación se aclara, de modo coherente con la distinción entre ley y derecho, que ello procederá “siempre que no sean contrarios a derecho”⁶².

Ello implica, como ya se dijera, colocar a la costumbre, por el juego de lo que Hart denominara reglas de reconocimiento del sistema, en un lugar preminente a la hora de discernir el Derecho aplicable a la concreta relación o situación jurídica objeto de análisis. Desde esta perspectiva, una “laguna de la ley”, no implica necesariamente y sin más una “laguna del Derecho”⁶³ que deba llenarse acudiendo a medios distintos de los provistos por el sistema de fuentes formales, pues como puede leerse en los *Fundamentos del*

cambio de las leyes comporta ciertos riesgos para el bien común. Porque la costumbre ayuda mucho a la observancia de la ley, tanto que lo que se hace en contra de la costumbre ordinaria, aunque sea más llevadero, parece más pesado. Por eso, cuando se cambia una ley se merma su poder de coacción al quitarle el soporte de la costumbre. De aquí que la ley humana no debe cambiarse nunca a no ser que, por otro lado, se le devuelva al bien común lo que se le sustrae por éste. Lo cual puede suceder, ya porque del nuevo estatuto deriva una grande y manifiesta utilidad, ya porque el cambio se hace sumamente necesario debido a que la ley vigente entraña una clara iniquidad o su observancia resulta muy perjudicial. Por eso dice el Jurisconsulto que *la institución de nuevas leyes debe reportar una evidente utilidad que justifique el abandono de aquellas otras que durante mucho tiempo fueron consideradas equitativas*».

⁶¹ Es la solución expresamente consagrada en el art. 1 del Código Suizo: “La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.[...] A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur”

⁶² Al decir de VIGO (*op. y loc. cit*) «De ese modo no basta que exista alguna práctica consolidada o vigente para reconocerle eficacia jurídica, pues el límite es el Derecho. Este problema tiene su relevancia actual en nuestro continente en relación con "usos, prácticas y costumbres" de los pueblos indígenas que pueden estar en conflicto con los derechos humanos»

⁶³ Somos conscientes que el enunciado pareciera reflejar la postura ecléctica, combatida con singular enjundia por Cossio, pero lo hemos conservado no solamente porque como el propio autor lo reconoce, expresiones como éstas se encuentran muy difundidas en el lenguaje de los juristas que cultivan las distintas ramas del derecho, y cuyas obras han influido en nuestra formación y en la de generaciones enteras de abogados, sino también para evitar – por ahora- pronunciarnos expresamente sobre el punto; e incluso más, no tenemos prurito de confesar que tales expresiones se reiteraban con mayor frecuencia en un borrador previo al presente trabajo redactado a tambor batiente, al que todavía no habíamos sometido a una tarea de revisión crítica, y después de la cual hemos expurgado de varias de ellas al ser confrontado con algunos de los textos que aquí se citan, y que leyéramos en nuestra ya no tan cercana juventud.

anteproyecto, con el distingo efectuado en los dos primeros capítulos del Título Preliminar, se propone “distinguir normativamente el derecho de la ley”, pues una “identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica”.

2.3.2. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, porque como enseña Alexy, si “una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos”, y ello impediría echar mano al principio para no aplicar la regla, salvo que esta última fuera violatoria de lo prescripto por aquél.

A fin de aclarar los alcances de lo que se viene de afirmar, resulta conveniente atender a la explicación que proporciona Alexy sobre el particular:

«El punto decisivo para distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. [...] En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser siempre sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente»⁶⁴

En consecuencia, la solución acudiendo a principios exigirá no ya un simple vacío de la ley, sino también una ausencia de solución expresa en el sistema de fuentes formales⁶⁵, pues como bien se ha señalado, los principios generales “configuran el máximo grado de abstracción posible del ordenamiento, lo que los hace por un lado muy útiles en manos hábiles y, por el otro, muy peligrosos, al alcance de personas de formación deficiente, o faltos de medida y tino”⁶⁶

Nuevamente el principio de reserva de la ley, al que aludiéramos párrafos atrás citando incluso la opinión del catedrático español Pedro Serna⁶⁷, representa un valladar a la tentación de acudir a los principios para resolver casos que están directamente solucionados por el sistema de fuentes formales; y ello sea que por tales se entiendan unos principios

⁶⁴ ALEXY, Robert: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, publicado en DOXA 5 (1988), de la Universidad de Alicante, n° 2.1.4

⁶⁵ Reiteramos lo dicho un par de notas atrás acerca de la filiación ecléctica que expresiones como éstas puedan evocar, y que hemos expurgado parcialmente de un borrador previo al presente trabajo, pero que algunas veces hemos conservado a fin de que los miles de abogados que han sido formados en esa escuela comprendan mejor el sentido del texto.

⁶⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo: *Derecho de las obligaciones*, Bs. As. 2015, T II, Cap. XXV.2, p. 1091

⁶⁷ SERNA, Pedro: *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en *Las razones del derecho natural*, Universidad Austral, Bs. As. 2000, p. 82 y 83, quien, recordemos, enseña que en «una comunidad mínimamente desarrollada, la determinación del Derecho, *a fortiori* cuando éste venga identificado como "lo justo" del caso concreto, está encomendada a los jueces, cuyo origen y diseño es necesariamente institucional, positivo. Por tanto, es imposible pensar un Derecho desprovisto de su dimensión cultural e institucional; y en consecuencia, resultan insuficientes las caracterizaciones del Derecho que prescindan de tales dimensiones»

materiales trascendentes al sistema, o los positivizados que puedan considerarse immanentes a él, cuestión que hemos analizado en otro lugar⁶⁸.

El punto es tan claro, que forma parte de la enseñanza corriente de los más modernos cultores del iusnaturalismo, que – por definición- poseen una actitud de apertura hacia valores materiales que trascienden al sistema⁶⁹; valores que sirven para corregir las injusticias graves de aquél, pero que amén de no negarlo, suponen su necesaria existencia, y aplicación prioritaria. Como ha escrito Finnis, una cierta teoría académica sobre el razonamiento jurídico "exagera notablemente el punto hasta el cual puede la razón establecer lo que es bien mayor y mal menor. Al *mismo* tiempo, tal teoría minimiza la necesidad de fuentes autoritativas. Tales fuentes, en la medida que son claras y que respetan los mínimos derechos y deberes morales absolutos, deben ser respetadas como la única base razonable para el razonamiento judicial y la decisión, en lo relativo a aquellas innumerables cuestiones que no involucran directamente esos derechos y deberes absolutos. La teoría del Derecho natural no tiene, en la tradición clásica, la pretensión de que la razón natural está en condiciones de identificar la única respuesta correcta a las cuestiones infinitas que surgen para un juez que encuentra poco claras las fuentes. En la visión clásica, expresada por Aquino con una obvia deuda hacia Aristóteles, hay muchas formas de conducirse mal y de actuar mal, pero en muchísimas, quizá la mayoría, de las situaciones de la vida social y personal existe un número de opciones incompatibles entre sí que son *correctas* (es decir, no malas). Opción(es) personales previas, o tomas de decisión social autoritativas, pueden reducir notablemente esta variedad de opciones para la persona que ha adoptado aquel compromiso o para la comunidad que acepta tal autoridad. Es más, aquellas opciones y decisiones, aunque racionales y razonables, no estaban en la mayoría de los casos exigidas por la razón. No estuvieron precedidas por ningún juicio racional de que *esta* opción es la respuesta correcta, o la mejor solución"⁷⁰.

⁶⁸ En nuestro ya citado trabajo *Código Civil y Comercial. El método. El Título Preliminar*, que puede consultarse en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial.-el-metodo.-titulo-preliminar>

⁶⁹ Por ejemplo, George ha escrito: "el papel del juez como creador del Derecho varía razonablemente de jurisdicción a jurisdicción, de acuerdo con las *determinaciones* [en latín y cursiva en el original] autoritativas propias de cada jurisdicción [...] La teoría del Derecho natural trata el papel del juez en sí mismo fundamentalmente como un asunto de *determinatio*, no de traducción directa de la ley natural. No imagina que el juez goza (o debería gozar), en virtud del Derecho natural, de una autoridad plena para sustituir por su propia comprensión de los requerimientos de la ley natural la comprensión contraria del legislador o del constituyente, en el momento de decidir los casos conforme a Derecho. Por el contrario, en virtud del imperio del Derecho [...], está moralmente obligado (es decir, obligado por el Derecho natural) a respetar los límites de su propia autoridad tal y como le ha sido asignada por medio de una *determinatio* autoritativa. [...] Debe respetar estas restricciones incluso donde su propia comprensión de la justicia natural se separa de la de los legisladores o del constituyente cuyas leyes debe interpretar y aplicar. [...] [Sobre] la cuestión acerca de si el mismo Derecho natural -independientemente de lo que pueda decir la Constitución- confiere al juez una especie de poder pleno para imponerlo coactivamente [...] la respuesta correcta es 'no'. Para los jueces, arrogarse tal poder, infringiendo la Constitución, no es meramente exceder su autoridad bajo el Derecho positivo; es violar el Derecho natural en cuyo nombre pretenden actuar". (R. P. GEORGE, "Natural Law and Positive Law" en R. P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, cit., pp. 331-332; La traducción pertenece a SERNA: *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en *Las razones del derecho natural*, p. 82, nota 67, pero el texto original puede consultarse en <http://winst.org/wp-content/uploads/George-Natural-Law-and-Positive-Law.pdf>)

⁷⁰ J. FINNIS, "Natural Law and Legal Reasoning", en R. P. GEORGE, *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 151-152, citado por SERNA: *Sobre las respuestas al positivismo*

IV.- Conclusiones

Todo ello se nos ofrece, en conclusión, con un perfil bifronte y problemático a una vez, que podemos describir del siguiente modo:

a) Por un lado, representa el fracaso del ideal mismo que pretende reflejar el impulso codificador, pues el derecho no habrá de encontrarse íntegramente contenido en un documento único, sino en cuerpos separados que habrá que consultar en forma simultánea, para arribar a la solución de los casos; un primer cuerpo que habrá de contener la ley vigente; y un segundo, conteniendo la ley derogada, y que habrá de funcionar al modo de una compilación de costumbres, para describirlo de un modo gráfico.

b) Por el otro, se trata de un fracaso feliz, porque de esta manera disminuirán las dudas acerca de la solución aplicable, cumpliendo el derecho con aquella misión de dar previsibilidad y certeza a las relaciones jurídicas.

Un semejante perfil, ha de representar, sin dudas, un verdadero problema para la vivencia del Derecho por los particulares, y su aplicación por los órganos del Estado investidos de alguna función pública.

¿Y cómo se ha de resolver ese problema?

Para dar una respuesta a dicho interrogante – de orden más general al aquí propuesto-don Miguel de Unamuno, el sabio filólogo y Rector de la Universidad de Salamanca, nos ilustra en una de sus célebres obras sobre la etimología de la palabra “problema”, en los siguientes términos:

«... es el sustantivo que representa el resultado de la acción de un verbo, *proballein*, que significa echar o poner por delante, presentar algo, y equivale al latino *proiicere*, proyectar, de donde problema viene a equivaler a proyecto. Y el problema, ¿proyecto de qué es? ¡De acción! El proyecto de un edificio es proyecto de construcción. Y un problema presupone no tanto una solución, en el sentido analítico, o disolutivo, cuanto una construcción, una creación. Se resuelve haciendo. O dicho en otros términos, un proyecto se resuelve en un trayecto, un problema en un metablema, en un cambio. Y sólo con la acción se resuelven problemas. Acción que es contemplativa como la contemplación es activa, pues creer que se pueda hacer política sin novela o novela sin política es no saber lo que se quiere creer»⁷¹

Un “problema” se resuelve en un “metablema”, en un cambio; y un fracaso en un nuevo intento. Por ello, el problema consistente en que las soluciones normativas socialmente vinculantes no habrán de encontrarse íntegramente contenidas en un documento único, sino en cuerpos separados que habrá que consultar en forma simultánea, para arribar a la solución de los casos, se resuelve – desde la perspectiva codificadora-fusionando ambos cuerpos, y volcando en un documento único el elenco de soluciones que ofrece cada uno por separado.

jurídico, en *Las razones del derecho natural*, p. 83 y 84; otra versión, con algunas variantes de redacción puede consultarse en J. FINNIS, "Natural Law and Legal Reasoning", (1990). Scholarly Works. Paper 79

⁷¹ UNAMUNO, Miguel: *Cómo se hace una novela*

En consecuencia, y aún cuando, en definitiva, no prosperaran las impugnaciones a la constitucionalidad del texto sancionado que apuntáramos al comenzar estas reflexiones, un futuro racionalmente encarado exigirá, en algún momento, una revisión íntegra de toda la reforma, y un “trayecto” emprendido en la búsqueda de un texto superador de ambas codificaciones, con el que se persigan subsanar no solamente los vicios de contenido, sino también los de forma y finalidad que caracterizaran a todo el proceso de derogación del Código Civil de varias generaciones de argentinos, y su substitución por uno nuevo.