

# TÍTULO PRELIMINAR

## CAPÍTULO I.

### Introducción

El anteproyecto de unificación del Código Civil y Código de Comercio 2012, propone en materia de fuentes y su interpretación un novedoso reordenamiento del material sujeto a regulación. Este intento resulta desde el punto de vista metodológico conveniente e incuestionable. Sin embargo, como veremos seguidamente, el programa no alcanza ni la perfección lingüística ni el rigor sistemático esperable. Deja además mucho que desear en el punto donde fija el nuevo estatuto para el derecho consuetudinario. El abordaje y análisis crítico del problema planteado exige efectuar las siguientes distinciones.

### **El problema de las fuentes y los confines del mundo jurídico.**

**Para facilitar la consecución de apropiado orden expositivo comenzaremos con** la transcripción del art. 1º del Anteproyecto, el que textualmente se dispone:

*“Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”*

Como se percibe en una primera aproximación, en este precepto el legislador diagrama la reconstrucción de las posibles fuentes de constancia de las normas que han de regir los casos que constituyan materia sometida a su regulación. Con ello se pretende indicar que dichas fuentes conformarán la plataforma y los límites dentro de la cual el juez deberá encontrar las normas para resolver los casos sujetos a resolución. Pero entiéndase bien. Ni por el texto de la ley ni por los fundamentos dados aparece resquicio alguno, que permita suponer que las reglas fijadas por el código en materia de fuentes e interpretación puedan hacerse extensivos a otras materias o ramas del mundo jurídico. En todo caso, una generalización de este tipo sólo cabría ser depositada en una norma con mayor jerarquía dentro de la pirámide jurídica. Hago esta acotación, porque suelen aparecer opiniones fundadas en una nostálgica sobrevaloración del Código Civil, a la luz de las cuales se terminaba por sostener la primacía de ésta legislación por sobre otras leyes. Y ello, pese a que el mismo código (art.16) insinuaba ya este límite al precisar que su ámbito de aplicación se reduce a lo que precisaba como “cuestión civil”.

Si volvemos al sistema del Anteproyecto, por consecuencia lógica, una vez definido este presupuesto (art. 1º), o sea el de las fuentes, el legislador debió incursionar en el posterior problema de la interpretación. Cuestión que pasó a tratar precisamente en el art. 2º. Ahora bien. Si centramos nuestro análisis en el art. 1º, hemos de notar en el discurso del legislador la siguiente incoherencia. Concretamente, si el art. 1º está destinado al problema de las fuentes y el 2º monopoliza el tema de la interpretación, a título de qué se incorpora en el texto del art. 1º la expresión de que la *“la interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional”*. Tal incorporación en este punto sólo puede tomar sentido si se propone asignar a la interpretación carácter de fuente de derecho. Variante imposible de sostener a tenor del sentido que emana de su indubitable literalidad. Lo que el legislador manda es que “las leyes que resulten aplicables” sean interpretadas de tal modo, y nunca ha dicho que la cadena interpretativa se transforme en fuente de derecho. Con lo cual, se impone nuestro adelanto en el sentido de que tal expresión tiene su lugar en el art. 2º y no en el 1º como por error se dispone.

En otras palabras se incurre aquí en una confusión entre fuente y actividad dirigida a comprender el significado que dimana de esas fuentes.

Salvado este punto corresponde tratar el problema sobre cuales son las fuentes de constancia del derecho unificado. Fuentes de la que se valdrá el operador o el juez para proceder a su aplicación, previa y necesaria interpretación.

El recuento de las fuentes el art. 1º lleva a colocar en primer lugar a la ley. Para dar precisión asignativa al vocablo, ley tomada en su acepción formal, es decir la norma emanada de los órganos legislativos. Esta jerarquización de la ley aparece explícita en los fundamentos dados por la misma comisión redactora (pág 598). Esta revalorización anuncia ya el lugar que corresponderá a las otras fuente del derecho, en especial la costumbre. Pues bien, en los anunciados fundamentos la comisión señala que los casos *“deben ser resueltos conforme un sistema de fuentes”*. Y agrega seguidamente que en tal composición se *“destaca en primer lugar a la ley porque de lo contrario aparecen sentencias que no aplican la ley o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad”*. Ratifica esta línea de pensamiento al afirmar que constituye *“acendrado principio cardinal de interpretación que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla”*. Este cuidado y blindaje depositado a la ley, hace que la comisión agregue una expresión que parece en este punto mutilar la capacidad creadora del juez al insistir en que *“la aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción”* ¿Es tan simple y mecánica la tarea de aplicar la ley?. Convengamos que es difícil dar hoy en el ámbito de la metodología

corriente de pensamiento que arriesgue encerrar el problema de la interpretación en tan simple conclusión.

Si avanzamos en la reconstrucción de la plataforma normativa el mentado art. 1º resuelve convocar después de la ley a los “*usos, prácticas y costumbres*”

¿Cuál es el valor que se asigna a la costumbre? La misma tendrá efecto normativo sólo “*cuando las leyes o los interesados se refirieren a ello, o en los situaciones no regladas legalmente.*”

Consecuente con la indicada revalorización del derecho escrito, el proyecto quita de manera lapidaria y enfática todo valor al derecho consuetudinario “*contra legem*”. En efecto, el artículo 1º cierra su texto reconociendo valor a la costumbre “*siempre que no sean contrarios a derecho*”. Independientemente del contenido político de esta decisión, problema que consideraremos más adelante, urge destacar el siguiente error en la redacción. a manera correcta de la redacción debe ser: “*siempre que no sean contrarios a derecho escrito*”. Porque si el legislador nos acaba de decir que “*los usos, prácticas y costumbres*” forman junto a las leyes un todo que denominamos “*derecho*”, la práctica contraria o en desuso de la ley, no puede estar en contra del derecho (que ella misma integra), sino que la colisión se registra con el derecho escrito o derecho planificado. Contra este derecho es contra quien precisamente no tiene valor derogatorio.

2. Consideraciones sobre la fuerza vinculante del derecho consuetudinario contra legem. Marchas y contramarchas.

Como el mentado art. 1º ha venido a quitar todo valor vinculante al derecho consuetudinario que se oponga o que provoque desuetudo de derecho escrito, parece conveniente analizar el arco histórico que concluye curiosamente en esta supresión. Y digo curiosamente porque la misma comisión redactora se ha visto en la necesidad de dar forma legal (por ejemplo en materia de lo que tipifica como “*Uniones convivenciales*”) a prácticas sociales que estaban fuera y hasta en franca colisión con el derecho planificado. ¿Hemos de cerrar entonces la puerta a las expresiones de derecho espontáneo que puedan gestarse en adelante? ¿Y hemos entonces de quedar a la espera de una nueva codificación o recodificación para darles reconocimiento a las nuevas prácticas sociales?.

Para entender el cuestionamiento resulta altamente explicativo ensayar una sintética reconstrucción del arco histórico que se operó en este punto dentro del derecho argentino.

Se sabe que el código redactado por Vélez Sarsfield, disponía en la primera parte de su art. 17 que : “*Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes*”. Agregaba seguidamente que el uso, la costumbre o práctica “*no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se*

refieren a ellos”.Este esquema tan mezquino a reconocer valor al derecho espontáneo lo vemos también plasmado en el anteproyecto de 1936.El Anteproyecto de 1954 omitió regulación sobre el punto.

La sustantiva modificación a este tradicional esquema provino de la reforma dispuesta por la ley 17.711.A partir de ella, el art.17 queda redactado con el siguiente tenor:

“Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”

¿Qué se desprende esta nueva redacción?.Al menos se registran estas dos innovaciones. En primer lugar nos encontramos con la decapitación de la inicial expresión de que “las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes” (que como vimos formaba parte del originario artículo 17).Urge preguntarse al pie sobre cuál es el alcance o consecuencia normativa de tal innovación. Para la mayoría de los intérpretes, las proyecciones que en este punto podía acarrear la nueva disposición pasaron inadvertidos. Sin embargo, Guillermo Borda, cuya paternidad sobre esta reforma está fuera de discusión, se explayó tiempo después señalando que la mentada supresión abría la puerta a la posibilidad “de un reconocimiento excepcional de la fuerza del desuso como hecho derogatorio de la ley”.Completando la idea, el diseño del sistema montado por la ley 17711 funcionaría de la siguiente manera. La ley no puede reconocer expresamente ella misma que la posibilidad de ser derogada por la costumbre. Pero precisamente, silenciando la inicial expresión del derogado artículo 17,el legislador estaba reconociendo la realidad de que la misma ley suele resultar “tan antifuncional, tan inadecuada para las relaciones jurídicas para las cuales ha sido prevista, que la sociedad concluye por prescindir de ella y organiza esas relaciones de modo espontáneo y al margen de la ley”.(1).LLambías, al comentar favorablemente la reforma incorporada por la ley 17711,se expidió sobre la necesidad de abandonar la idea de la “ficción de un imperio de la ley”,cambio impulsado por una “avidez de autenticidad”.(2).

Ahora bien, si se piensa que el derecho espontáneo en sus diversas variantes constituye una expresión directa e inmediata de la voluntad popular ¿cómo entender que un gobierno autoritario y usurpador (carácter que revestía el que dictó precisamente la ley 17711) concediera a la costumbre efectos derogatorios y vinculantes, mientras que en este Anteproyecto un gobierno constitucional y popular proponga semejante clausura?.

Concluyendo, por más que se lo pretenda ignorar o silenciar, el cierre que propone el Anteproyecto en este punto, no sólo importa una negación a la evolución histórica, sino que se traduce en una notoria dificultad para

garantizar a los pueblos originarios el respeto de su identidad (art.75.inc.17 de la Constitución Nacional).Porque ¿cuáles son las posibilidades de sostener una “sociedad multicultural” tal como lo declaman los redactores del Anteproyecto, si los usos y costumbres propios de estas minorías no tienen un camino para su reconocimiento?.Pues como se sabe, tales minorías adoptan particulares relaciones familiares y de producción antagónicas en muchos puntos con el derecho planificado por el Estado.

La segunda de las innovaciones incorporadas por la ley 17711 en esta materia está referida a la validez que pasó a reconocer al derecho consuetudinario “*praeter legem*”.Conviene traer a colación que el código redactado por Vélez Sarsfield reconocía fuerza vinculante al derecho consuetudinario “*secundum legem*”.Con buen criterio esta vez, el Anteproyecto (art.1º) concede ambos efectos al disponer que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

**(1)Borda, Guillermo,“La reforma de 1968 al Código Civil”,Ed.Perrot, Bs.As.1971,p.31 y ss.**

**(2)Llambías, Jorge J., “Estudio de la reforma del Código Civil”,Ed.Rev.J.A., Bs.As.1969,p.21.**