

In memoriam | Luis Moisset de Espanés

Haciendo el Derecho

Taquigrafía por Débora Loreley Fernández

Publicación con autorización del Seminario Permanente de Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones - Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Ambrosio Lucas Gioja.

El 25 de abril de 2016, el Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones - Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Ambrosio Lucas Gioja recibió al Dr. Luis Moisset de Espanés como expositor invitado, oportunidad en que se le hizo entrega del diploma que acredita como miembro de honor del Seminario.

En dicha oportunidad el director del Seminario y decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana, profesor doctor Marcos M. Córdoba dijo: “Para el Seminario, por supuesto, es motivo de engrandecimiento y de enriquecimiento poder contar con el pensamiento del doctor Luis Moisset de Espanés. El doctor Luis Moisset de Espanés hace el derecho argentino; permanentemente es quien ilustra incluso a aquellos que han tenido la tarea de redactarlo y, cuando en esa tarea no ha ocurrido algo satisfactorio, es el que se ha encargado de encaminarlo a través de la incorporación de los valores que hacen a la sociedad argentina en una relación directa con una estructura jurídica que la regula. Para el Seminario contar con esa ayuda es motivo de enriquecimiento; y, para mí, personalmente, es motivo de enorme satisfacción poder contar con su iluminación permanente, muchas veces a través de charlas telefónicas a primeras horas de la mañana, encuentros, en desayunos, en oportunidad de algún acontecimiento jurídico en el interior del país, sus invitaciones a la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, que es su provincia; saber de sus valores que incluso lo han llevado a actos de renunciamento en favor de lo que ha considerado mejor para la República, cuando pudo haber ocupado lo más alto de la magistratura nacional, y fueron sus principios los que lo llevaron a tomar decisiones que ni siquiera hizo públicas, porque otro de sus méritos es ese: el hacer las cosas por el valor que poseen y no para el logro, mérito, reconocimiento ni algún provecho propio. De manera que para nosotros es una enorme alegría el hecho de que esté hoy acá ilustrándonos sobre este tema, ello implica una consecuencia de utilidad manifiesta. Es el profesor Moisset de Espanés el que ha sido citado por aquellos que han controvertido la aplicación temporal del derecho. Los que están en una postura y en otra siempre han intentado fundar sus conclusiones en las palabras de Moisset de Espanés, seguramente porque han considerado que la sola mención de su nombre era suficiente como para enaltecer sus propias ideas. Así que, profesor y amigo, Luis Moisset de Espanés, es para mí un orgullo que usted se incorpore como miembro honorario, haciéndole entrega, en representación de las autoridades de esta institución, de la medalla del bicentenario que ha acuñado la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, junto con una constancia de que hoy nos ha ilustrado. Muchísimas gracias, profesor”.



Se hizo entrega de la medalla y el diploma conmemorativa y el Dr. Córdoba agregó: “Ahora, el doctor Moisset de Espanés nos va a enseñar aquello que necesitamos saber para poder comprender la aplicación temporal del nuevo derecho y del derecho preexistente, que mantendrá vigencia al menos durante mucho tiempo. Muchas gracias”.

Lo que sigue a continuación es la conferencia dictada por el doctor Luis Moisset de Espanés, aquel día.

“Me he vuelto un ocioso, casi no estudio. Con motivo de la sanción del nuevo Código me he resistido a estudiarlo, ya que a mi edad no tengo que enseñar, dar clases, juzgar ni litigar, y las reformas más graves de este Código, que están en materia de derecho de familia, no me alcanzan.

Es la verdad y, si algo me ha empujado a reestudiar este problema, es que una de las personas que han integrado la Comisión de Reforma del Código, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, se ha ocupado del derecho transitorio; ha recorrido el país hablando del nuevo art. 7º, que reemplaza al art. 3 del texto de la ley 17.711, diciendo generosamente a todo el mundo que para comprender ese texto tenían que recurrir a un inocente librito mío, escrito hace cuarenta años, sobre la irretroactividad de la ley (1).

A raíz de esas afirmaciones han empezado a llover las invitaciones de un lado y de otro, y me han obligado a estudiar sin querer y andar como gitano errante por todos los rincones del país; y el estudiar, sin querer, me ha permitido conocer que desconocía mucho cuando escribí ese libro.

Esto es parte de la esencia del problema: advertir que para comprenderlo realmente había que captar el pensamiento de Roubier, y uno creía haberlo captado a través de la lectura de sus dos obras principales, ‘Les conflits de lois dans le temps’ (2), escrita en 1929, y la segunda edición, reformada y completada, de 1960, con el nombre de ‘Droit transitoire’ (3).

¿Qué pretendía Roubier en esas dos obras? El principio de irretroactividad es un principio que no siempre ha estado presente como cardinal en materia de derecho. Quienes estudian algo de historia señalan que las primeras leyes —las primeras que aparecen como derecho positivo— eran retroactivas. En Israel, por ejemplo, las leyes mosaicas.

Moisés baja del Monte Sinaí con los diez mandamientos; dejemos de lado los tres primeros, que se refieren al amor a Dios por sobre todas las cosas, pero el resto de las leyes que se enuncian en esos mandamientos son tan de derecho natural que sin duda se aplicaban a los hechos anteriores y nadie se cuestiona que operaran retroactivamente: no matar, no robar, no desear la mujer del prójimo, no levantar falso testimonio ni mentir. Todo esto no comienza a aplicarse

desde el día siguiente, sino que se aplicaba siempre, antes de que apareciera el derecho positivo.

Hay una obra, que conocí tardíamente y que muy pocos citan, de un estudioso de Buenos Aires: la tesis doctoral de Juan Segundo Areco, discípulo de Rayces, publicada por Editorial Kraft en la década del 40 (4).

Cuando escribí los artículos que luego reuní en el pequeño libro de irretroactividad de la ley hace cuarenta años, no lo había citado; hasta llegué a decir que, salvo la obra de Borda, en alguna medida antecedente de la reforma, nadie en el país se había preocupado por la irretroactividad de la ley. Sin embargo, existía esa obra de Areco, que he podido incorporar a mi biblioteca merced a su generosidad (5).

Areco sabía de la existencia de Roubier y lo menciona entre los juristas que se han ocupado de la irretroactividad, pero le dedica solamente un par de páginas (6).

Pero, señores, avancemos un poco más allá. Les decía que inicialmente no es que no existiesen normas —existían costumbres y estas forjan normas— pero las primeras leyes positivas operaron retroactivamente para fijar las costumbres o para desplazar aquellas que no se consideraban adecuadas. En la obra de Areco se citan no solamente las leyes del pueblo judío, sino las de la India (7), China (8), y en Babilonia el Código de Hammurabi (9). Todos esos primeros códigos tuvieron vigencia retroactiva. Las primeras leyes vienen a llenar un silencio y reemplazar lo que no se decía por algo que tuviera fijeza.

Transcurre el tiempo y ya no se reemplaza el vacío, el silencio anterior, sino que se trata de cambiar lo ya dicho por una cosa nueva, distinta; esos cambios por lo general no se dan en relación con las leyes de derecho natural, a las que Domat llamaba leyes inmutables (10), sino respecto a normas que el arbitrio del legislador había articulado para lograr una aplicación que se ajustase a la realidad social.

Domat era un iusnaturalista; cuando dice que hay leyes ‘inmutables’, se está refiriendo a las leyes que configuran el orden natural de las relaciones y de los conflictos que pueden presentarse...

Domat hablaba de dos categorías de leyes: las leyes inmutables, es decir, el derecho natural; y las leyes arbitrarias, a las que denominaba así no porque fueran contrarias a la razón, sino porque eran fruto del arbitrio del hombre, que es el que resuelve los conflictos, que desprende normas de lo que son las leyes inmutables para hacerlas aplicables (11).

Pero, estas leyes arbitrarias pueden variar con el tiempo y ser reemplazadas unas por otras para adecuarlas a los cambios que se han producido en la realidad social. Empezamos a ver allí el cambio de un derecho positivo por otro derecho positivo y entonces, primero en el orden penal, luego en el orden civil, los escritores empiezan a decir: una nueva ley no puede operar retroactivamente sobre casos que se han operado bajo la vigencia de la ley antigua. No

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código civil (Derecho transitorio), Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1976. La Dra. Kemelmajer agregaba que la obra estaba agotada. Aclaramos que puede consultarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

(2) 2 tomos, Sirey, París, 1929.

(3) ROUBIER, Paul, “Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)”, Dalloz y Sirey, París, 2ª ed., 1960.

(4) ARECO, Juan Segundo, “La retroactividad de la ley y los contratos sucesivos”, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1948 (con prólogo del

Dr. Alejandro Rayces).

(5) Recibí una carta en la que me decía: “Yo sí he escrito sobre el tema y le envío mi libro para que sepa lo que he dicho”. Tengo que confesar mi ignorancia y pedir disculpas por no haber conocido antes esa obra de un autor argentino, y haber omitido en mis primeros trabajos el nombre de Areco.

(6) Ver ARECO, ob. cit., Nº 61, ps. 93 y 94.

(7) Ver ARECO, “Las leyes de Manu”, ob. cit., Nº 2, p. 3.

(8) Obra y lugar citados en nota anterior.

(9) Aquí Areco remite a un trabajo de Etienne de Szaszy, titulado “Les conflits de lois dans le temps”, que no hemos podido conseguir.

(10) Ver DOMAT, Jean, “Oeuvres complètes”, Paris, 1835, T. I, p. 36. En el capítulo del Tratado de las leyes expresa que las leyes inmutables, o naturales, dice que “todas sus reglas son esenciales para el buen orden de la sociedad y por esta razón son leyes inmutables”.

(11) Las leyes “arbitrarias” surgen en primer lugar de la necesidad “de regular algunas dificultades que nacen en la aplicación de las leyes inmutables” cuando esas dificultades son de tal naturaleza que deben ser resueltas por una ley, y brinda algunos ejemplos (ob. cit., ps. 37, 39 y 39). También considera que hay leyes que arbitran solución a los problemas que crean ciertos usos que la sociedad considera útiles, y se extiende en otros ejemplos (ob. cit., p. 39 y ss.).

pueden aplicarse penas en virtud de una nueva ley a conductas que estaban permitidas, que no estaban prohibidas. No puede una ley nueva afectar derechos ya consolidados de conformidad con las normas de una ley anterior.

En la historia de la humanidad los conflictos entre las nuevas y las viejas leyes se plantean sobre todo cuando hay revoluciones y el orden revolucionario pretende reemplazar todo lo que estaba vigente hasta ese momento (12). Los revolucionarios sancionan leyes a las que dan efecto retroactivo, cosa que fue muy notoria con la Revolución Francesa (13). Varias de las primeras leyes surgidas de la asamblea revolucionaria tenían carácter retroactivo, pero a poco andar la propia asamblea revolucionaria advierte el daño que se causaba con las leyes dotadas de efecto retroactivo, y da marcha atrás, disponiendo que no operasen retroactivamente (14).

Llega a crearse conciencia entre los juristas de que el principio de la irretroactividad, del que ya hablaron los romanos, y se menciona en el Código Teodosiano (15), tenía importancia fundamental, e incluso se llega a sostener que debía ser consagrado constitucionalmente. En Francia, aunque no alcanza jerarquía constitucional, cuando se sanciona el Código Civil, su art. 2º consagra la irretroactividad de las leyes. Algo similar sucede en el Código de Austria de 1811, y en el movimiento de codificación del siglo XIX, que se opera en Europa continental, y los países de América, que habían sido colonias de España y Portugal, al independizarse y dotarse de Códigos civiles, mencionan expresamente la irretroactividad.

Todos los escritores a partir de ese momento desarrollan el principio de la irretroactividad. Lo que fortalece sus escritos y sus libros es que no puede operar la ley retroactivamente y se buscan justificativos para ese principio; para fundamentarlo las teorías dominantes distinguen entre derechos adquiridos y meras expectativas. En el Código de Vélez se va a reflejar la teoría dominante en esa época: el respeto por los derechos adquiridos.

Pero, al mismo tiempo que se consagra la irretroactividad y técnicamente se da como fundamento el respeto de los 'derechos adquiridos', frente a la cantidad de conflictos diversos que se plantean y frente al hecho de que el legislador siempre cree que la ley nueva es mejor que la ley antigua que reemplaza y por tanto debe lograr efecto inmediato, se plantea el interrogante: ¿cuáles son los derechos adquiridos?, ¿cuándo se trata de meras expectativas y puede aplicarse de inmediato una ley nueva sin que se diga que hay efecto retroactivo?

Vemos entonces que juristas muy calificados llegan a afirmar: 'confesamos que hasta este momento no sabemos cuándo hay un derecho adquirido'. Esto lleva a una cantidad de jurisprudencia divergente y a opiniones diversas sobre la manera de establecer cuando se está frente a un derecho adquirido sobre el cual no puede avanzar retroactivamente la nueva ley.

En Francia, a comienzos del siglo XX, encontramos la explicación propuesta por ese iusfilósofo: Paul Roubier (16).

Roubier, en realidad, en el fondo de su pensamiento quería encontrar una técnica o una mecánica que hiciera posible el efecto inmediato sin que se le reprochara retroactividad. Lo inspiraba la idea de encontrar una técnica jurídica que permitiera a las nuevas normas lograr sin demora aplicación sin que se las tachara de retroactivas. Para ello elabora su sistema sobre la base de una idea esencialmente causalista, es

decir basándose en la causa generadora, es decir los hechos que dan nacimiento, o extinguen una relación o situación jurídica.

Esta es la idea esencial de Roubier y formula una construcción técnica que toma en cuenta la necesidad de aplicar la ley nueva a los hechos posteriores que dan nacimiento a una situación jurídica, es decir que la crean con posterioridad, o que con posterioridad modifican o extinguen una situación ya existente.

Esos hechos son los que van a quedar atrapados por la ley nueva. En cambio, las situaciones creadas bajo la influencia o aplicación de la ley antigua deben seguir siendo respetadas. Se atiende a la causa generadora para fijar el contenido de una relación; causa generadora para medir los efectos que produce una relación o situación jurídica existente; y también al hecho causal que provoca la extinción de la relación.

Fíjense una cosa que no es curiosa y que recién ahora advierto con más nitidez y que se refleja en los cuadros que les hice distribuir que han sido tomados de mi vieja obra sobre el art. 3º que la ley 17.711 incorporó al Código civil, en reemplazo de las normas que había previsto Vélez (17).

En esa obra incluyo un par de cuadros, que son los que ilustran esa idea de Roubier. Pero, cuando releo esos cuadros advierto que introduje sin querer una nota diferencial con relación al pensamiento de Roubier, porque el trasplante de una técnica o de una norma de un sistema a otro, impone necesariamente que se compagine con el sistema en el que se inserta y ¿qué ha pasado en este caso? Es cierto que Roubier era causalista; la causa es uno de los elementos esenciales de la relación o de la situación jurídica; los otros son: el sujeto y el objeto. Son los tres elementos que se estudian la Parte General del derecho civil. Pero, en Francia no se habían, ni se han hecho hasta el día de hoy estudios adecuados del funcionamiento de la causa como elemento generador de las relaciones. En cambio, nosotros, a través de Freitas recibimos la doctrina de la pandectística alemana y del Land Recht Prusiano (18), que es el primer código territorial, no civil, que regula los hechos jurídicos como causa generadora y les dedica un estudio profundo.

Savigny, basándose en esa idea que había germinado en el Land Recht Prusiano, construye su 'Sistema del derecho romano actual', que gira alrededor de los tres elementos esenciales de una relación: el sujeto —las personas—, el objeto y los hechos o actos jurídicos, la causa generadora. Estamos hablando de la causa eficiente generadora, no de la causa final, no del propósito ni del motivo, sino de la causa generadora.

Roubier, iusfilósofo, entiende la importancia que tiene la causa generadora, pero se deja en el tintero un aspecto y es que la causa generadora de una relación o situación jurídica no solamente crea o extingue, sino que también puede modificar. Entonces nosotros, en ese cuadrito que se les ha suministrado, decimos: 'situaciones jurídicas agotadas', su constitución, modificación o extinción, se rigen por la ley antigua. 'Situaciones jurídicas en curso de constitución', su constitución, por la ley nueva. 'Situaciones jurídicas existentes', su modificación o extinción, se rigen por la ley nueva.

Es decir, en todos los casos, influenciado casi inconscientemente por lo que hemos estudiado y enseñado en Parte General, vamos más allá que Roubier, que solamente habla de constitución y extinción, y tomamos en cuenta la posibilidad de 'modificación'.

Vélez había llegado a Savigny y a la doctrina germánica a través de Freitas que le había dado recepción en el Esbozo; y de Freitas tomó Vélez el método que preconizaba, aunque con una modificación, a los elementos de la relación jurídica no los trató unidos en un libro de Parte General, sino que los trató cerca de las materias con que cada uno de ellos estaba más vinculado: las personas cerca del derecho de familia; las cosas, antes de los derechos reales; la causa generadora antes de los contratos, o con más precisión, entre las obligaciones y los contratos.

Pero, uno mamó desde el primer día que en esta materia el sistema jurídico de nuestro país era de ascendencia germánica y debía tomarse en cuenta todas las etapas que pueden vivirse por una causa generadora, que no se reducen al nacimiento o a la extinción, sino que también hacen eje en la modificación de las situaciones jurídicas. Esto no lo dice Roubier, pero nosotros, casi inconscientemente lo incluimos en los cuadros que se encuentran en aquel librito de hace años.

Con el tiempo, hemos venido a comprender cuál había sido la omisión de Roubier y cómo debía tomarse en cuenta para la interpretación en nuestro sistema jurídico, donde no podemos prescindir del hecho de que una relación o situación puede haber nacido bajo una ley, y luego haberse operado una modificación bajo otra ley, antes de que llegue el momento de su extinción.

Esto tiene singular trascendencia, sobre todo con las relaciones procesales. La relación procesal transforma sustancialmente la relación sustantiva inicial. Cuando se reclama ante los tribunales la aplicación de un derecho, se modifica la situación original y queda fijada una situación distinta, que debe ser juzgada de acuerdo con la ley vigente en el momento en que se trabó la relación procesal.

Les pido perdón si marché rápido porque le pregunté al amigo Marcos de cuánto tiempo disponía, y no debo extenderme demasiado ni exceder el plazo que se me ha fijado. Creo que el tiempo corre inexorable, y aunque quizás necesitaría extenderme más, tengo que reducir mi exposición a cuarenta minutos.

Fíjense que la modificación de la situación sustantiva originaria en situación procesal —tiene importancia sustancial en el derecho de familia para el problema del divorcio—, tema sobre el que se ha discutido mucho y que Roubier lo malentendió, porque con relación a una situación de divorcio dice: 'Como el divorcio se establece por una sentencia constitutiva, los elementos que cambian la situación jurídica recién se integran cuando el juez dicta la sentencia'.

En realidad, el juez cuando dicta la sentencia, aunque esa sentencia tenga carácter constitutivo, debe hacerlo con efecto retroactivo al momento en que se modificó la situación jurídica familiar por el reclamo donde se dice: 'Se ha quebrado y declárese el divorcio'.

Es decir, la modificación de la situación tiene que ser juzgada por la ley vigente al momento en que se traba la litis y no al momento en que resuelve el juez. El juez en ese caso tiene que resolver sobre la situación jurídica modificada, no la situación de familia inicial, sino la situación de divorcio que se ha creado con la demanda. Esta es una de las cosas.

La doctora Kemelmajer, que ha hecho tanta 'propaganda' sobre mis conocimientos de derecho transitorio, ha publicado un libro en el que afirma dos o tres veces que el contenido de la relación o situación

entregarse a precio de costo. Pero, resulta que a quien le encargué esa impresión en este momento no tiene ningún ejemplar y no pude traerlos para obsequiarlos. Insisto, autoricé a la editorial Advocatus de Córdoba, a reimprimir aquella vieja obra y que se entregase al precio de costo, es decir a 100 pesos, no a otro. Lamentablemente en este momento se han agotado y no he podido traerles ningún ejemplar.

(18) El Land Recht, como su nombre lo indica, no es un código civil, sino un Código "territorial", que abarca todas las materias jurídicas.

(12) Se encuentran ejemplos muy claros a fines del siglo XVIII, en las leyes que aprueba la Asamblea revolucionaria en Francia. Algo semejante va a ocurrir en el siglo XX, primero en Rusia, después de la revolución bolchevique y luego en los países que adoptaron el sistema jurídico socialista.

(13) Roubier detalla de manera pormenorizada una serie de leyes que tuvieron efecto retroactivo, especialmente con relación a sucesiones y derechos feudales (ver "Le dríade transitoria", ps. 73 a 78).

(14) Ver ROUBIER, ob. cit., ps. 82 a 89.

(15) Ver ROUBIER, ob. cit., ps. 32 y ss.

(16) Paul Roubier comenzó enseñando después de la Primera Guerra Mundial en la Universidad de Beirut, en el Líbano que había dejado de pertenecer al Imperio otomano y pasado a ser protectorado francés. Fue allí profesor un par de años y luego retornó a Francia, donde se desempeñó como profesor y llegó a ser Decano en la Facultad de derecho de la Universidad de Lyon.

(17) Yo tenía otra intención. He procurado que se hiciera una impresión facsimilar del libro, para que sus ejemplares pudiesen

puede ser modificado por la nueva ley sin que ello signifique retroactividad. Eso es totalmente erróneo.

El contenido de la relación jurídica está integrado por las facultades o potestades y al mismo tiempo los deberes —no derechos, sino de ‘deberes’— que integran la totalidad de la relación. Ese contenido de la relación, no sus efectos posteriores, queda fijado por la ley vigente en el momento en que se da nacimiento a la relación o situación.

La doctora Kemelmajer procura ilustrar su afirmación con lo sucedido en el caso del camino de sirga, esa institución tan anacrónica que ni siquiera debió seguir siendo tan anacrónica porque en la Argentina no se sirgó jamás y no se va a sirgar nunca (no se arrastran las barcazas con sogas al borde de los ríos navegables); cuando Vélez redactó el Código, e incluyó el camino de sirga, estaban apareciendo los motores a vapor, que cambiaron sustancialmente la forma de navegar (19).

El camino de sirga era una carga, limitación o restricción impuesta al contenido del derecho de dominio de los propietarios ribereños, que en el Código de Vélez se extendía a 35 metros que debían dejar libres: el nuevo Código Civil y Comercial reduce esa carga a 15 metros. Las modificaciones del contenido en cuanto son beneficiosas al titular del derecho, disminuyendo cargas, o haciéndolas desaparecer totalmente, operan de inmediato, pero no porque el contenido pueda ser modificado de cualquier forma, afectando los derechos de los titulares. No podría el legislador operar retroactivamente aumentando la carga de 35 a 50 metros, pues esa ley vulneraría la prohibición de la irretroactividad.

Tanto en derecho penal, como en derecho civil, no se considera que afecte a quienes son titulares de una relación o situación jurídica el que se disminuyen las cargas. Se acepta que la ley más benigna opere de inmediato sobre todas las situaciones jurídicas, aunque hayan sido constituidas con anterioridad; por eso cuando una ley nueva modifica el contenido para conceder más facultades a los titulares, como esto no los perjudica, se acepta su aplicación inmediata. En esos casos, cuando se modifica el contenido de las situaciones jurídicas para concederles más facultades puede aceptarse el efecto retroactivo; pero, nunca se pueden disminuir las facultades, ni agravar las cargas que pesan sobre el contenido. Esto no debe olvidarse.

Un problema que me desvivió, desde el momento en que se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial, fue el de los silencios. Ya hemos hablado del silencio anterior a la aparición del derecho positivo. El art. 7° es incompleto, crítica que le formula correctamente el doctor Rivera cuando sostiene que debieron preverse normas de tránsito, y sigue en eso a Roubier, que para los casos en que una nueva ley vaya a operar retroactivamente deben preverse las normas necesarias para pasar de la situación anterior a la situación nueva.

El art. 7° está concebido no para el cambio de ley a silencio, sino de ley a ley. Es decir, la solución A se transforma en la solución B; y no para el caso en que desaparece del Código la solución A y no queda nada más que silencio.

Esa hipótesis en el nuevo Código crea un problema de interpretación muy serio, porque son aproximadamente dos mil artículos que se han suprimido y ha aparecido un silencio horroroso.

El lunes 13 de abril de 2015, llegué a Madrid. A la hora y media de mi llegada al hotel, debí asistir a un pleno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el que era ponente Doña Encarnación Roca Trías, académica de número, catalana, miembro del Tribunal Constitucional, destacada civilista, quien dedicaba ese día su exposición al silencio enigmático.

Al finalizar la reunión hice algún comentario y me obsequió los borradores (20) que había llevado para su exposición sobre el silencio. Recién después de esa reunión, cuando volví Argentina, advertí que, posiblemente sin proponérselo, el legislador había dado solución al silencio provocado por la nueva legislación.

Piensen ustedes que el Código de Vélez se sanciona casi como para llenar la nada, porque hasta ese momento —salvo unas pocas leyes patrias— se continuaban aplicando viejas leyes españolas, que no eran leyes de nuestro país.

La Nación Argentina decide sancionar por primera vez un código civil, que debe brindar todo el derecho.

Entonces, en el art. 22 del título preliminar Primero, ‘De las leyes,’ Vélez establece que aquello que no está dicho en el Código no tiene fuerza de ley, aunque haya habido una ley anterior que diera una solución (21). La sanción del nuevo Código tendía a desplazar totalmente algo que en realidad no era fruto del legislador argentino.

Ese artículo ha desaparecido del nuevo Código Civil y Comercial, y sin pensarlo se lo ha cambiado por el art. 1°, que es totalmente opuesto. ¿Qué dice el art. 1° del nuevo Código en su parte final? Vamos a leerlo porque tiene gran importancia. Dice así: ‘Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.’

Es decir, que todo aquello que se derogó globalmente sin consagrarse una solución contraria, creando un vacío y un silencio, va a ser regido por lo que era uso, práctica y costumbre. De manera tal que, si se plantean casos sobre los cuales la nueva legislación guarda silencio, pero que estaban regidos por el Código de Vélez con soluciones que no son contrarias a derecho, las partes y el juez tendrán que recurrir forzosamente al Código de Vélez para probar lo que era práctica, costumbre y uso.

Por supuesto que las prácticas son un hecho, no una norma legal, pero el art. 1° les ha conferido fuerza vinculante. Corre por cuenta del interesado probar la existencia de la práctica. ¿Cómo lo hará en estos casos? Con la norma del Código de Vélez y su aplicación.

Esta disposición imperativa mantiene viva la mayor parte de las normas sumergidas en el silencio.

El martes pasado en la Academia el doctor Efraín Hugo Richard se ocupaba, sin pensar en esto, de reformas introducidas en la Ley de Sociedades, donde ha desaparecido y se ha borrado la sociedad civil. Le preguntaba a un escribano, que es miembro de la Academia: ‘Dígame, señor escribano, si viene un cliente y le pide que haga la escritura de constitución de una sociedad civil, ¿qué hace usted ahora que no está en el Código?’

¿Qué se hace con las sociedades civiles existentes? A las sociedades civiles existentes tendremos que seguirles aplicando las normas que regían las sociedades civiles en la ley anterior, que eran la práctica, que era la costumbre; y ¿para la constitución de una nueva sociedad civil, hay prohibición de que se la denomine sociedad civil? No hay prohibición. ¿Es contraria a derecho? No es contraria a derecho. Pues, señor, tendrá que constituir la sociedad civil y hacerla regir por las normas que han desaparecido de la Ley de Sociedades.

Este ejemplo de lo que sucede en el campo de las sociedades, en el terreno del derecho civil lo hemos

ilustrado con el art. 6° del propio título preliminar del nuevo Código.

¿De qué trata? Este artículo comprime en una sola norma todos los artículos que constituían el título preliminar II del Código de Vélez, ‘Del modo de contar los intervalos del derecho’. Vélez, en esa norma, había reproducido casi textualmente la materia que contenía el Esbozo de Freitas de Freitas en su Parte General, con la diferencia que Freitas había ilustrado minuciosamente con notas las razones por las cuales se adoptaban esas soluciones.

Vélez no reprodujo las notas de Freitas, pero en la práctica los profesores en sus clases, los autores en sus libros y los jueces en sus fallos, para la aplicación de la forma de contar los intervalos del derecho las tomaban en cuenta para comprender bien el sentido y alcance que les había dado Freitas.

El nuevo artículo, además de haber comprimido en una sola norma una cantidad de situaciones distintas, prescinde de lo que era el primer artículo del título preliminar II. ¿Qué decía ese primer artículo en el Código de Vélez? Que todos los cómputos de plazos debían efectuarse de acuerdo con el calendario gregoriano; y esto desaparece.

¿No vamos a aplicar el calendario gregoriano? ¿Vamos a recurrir al calendario judío, árabe o chino? ¿Al calendario de la Revolución Francesa? No, vamos a seguir aplicando el calendario gregoriano porque era la práctica. Es decir, mantiene pleno vigor lo que Vélez decía con toda claridad en el art. 23 del Código.

Ahora, no se dice con claridad, pero queda subyacente que debe seguirse aplicando el calendario gregoriano y tan es así que los párrafos siguientes del artículo están haciendo mención de una serie de situaciones: meses más cortos o más largos, años más cortos o más largos, no lo dice con esas palabras, pero es así. Es decir, los meses del año seguirán siendo doce y conservarán sus nombres: enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre; habrá meses de 28 ó 29, de 30 y de 31 días; si un plazo de meses se cumple en un mes que tiene menos días, el plazo terminará el último día de ese mes y nacidos el 29 de febrero de un año bisiesto, todos los años en que no hay 29, cumplirán años el día 28, no el 1° de marzo.

Todo eso estaba muy claro en el Código de Vélez y algunos puntos quedan confusos por las reformas que ha introducido el nuevo art. 6°; donde Vélez decía, hablando del día: si un plazo de meses comenzó el día 15 de marzo, terminará el día 15 del mes en que venza el plazo, aunque en su transcurso se haya cruzado un año bisiesto; y como decíamos más arriba, si los plazos de años comenzaron el 29 de febrero, terminarán el día 28 de ese mes en los años más cortos. Pero ¿qué dice el nuevo art. 6°? ‘Los plazos de meses o de años se computan de fecha a fecha.’

En verdad, no dice nada. ¿Qué plazo hay que no se compute de fecha a fecha? Todos los plazos corren ‘de fecha a fecha’, lo que debió decir es lo que disponía con acierto el art. 25 del Código de Vélez, ilustrando con un ejemplo desde qué fecha y hasta qué fecha corre el plazo.

La insuficiencia por el silencio introducido en la forma de expresión tendrá que ser suplida aplicando lo que era práctica.

El problema de los silencios me había surgido antes del viaje a España por este hecho: en algún momento escribí un pequeño manual o curso de obligaciones y, como me he vuelto viejo y ocioso y no quería embarcarme en estudiar el nuevo Código porque ya no tengo la obligación de enseñar, le dije a un discípulo: ‘haz la actualización tú; el libro será de los dos y después será tuyo solo, desde el día que yo me muera.’

(19) Si recurrimos al Diccionario veremos que sirga son las sogas o maromss y “sirgar” era remolcar desde las orillas con esas sogas a las embarcaciones, para poder remontar la corriente. En los canales y ríos navegables, antes de que aparecieran los motores a vapor, era

indispensable una franja de terreno para que las personas o caballerías pudiesen arrastrar las barcazas.

(20) Los tengo aquí, en una carpeta.

(21) “Art. 22 (Código de Vélez). 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 vigencia, sea por una ley general, sea por una ley especial’.

Comenzó este discípulo a trabajar y en los dos primeros capítulos no tuvo ningún problema, pero cuando llegó al capítulo III, donde se habla de la condición, del plazo, del cargo; en la condición suspensiva y en la condición resolutoria a las que el Código de Vélez dedicaba treinta y cinco artículos, en el nuevo Código solo hay siete. Se ha suprimido una cantidad de circunstancias que en la práctica se daban y que ni siquiera se mencionan ni, se dan las razones de por qué la supresión.

En el primer momento, antes de haber leído el art. 1º del nuevo Código, quise buscar en los antecedentes cercanos de esta, reforma, y los encontré en el proyecto del 98, que tampoco brinda explicaciones de la supresión y se limita a remitir a un proyecto del Poder Ejecutivo, en el que habían trabajado los doctores Zannoni y Belluscio, donde se daba alguna razón de la supresión de normas. Pero, después, cuando veo el art. 1º, me pregunto cómo se soluciona este problema: tendremos que enseñar exactamente lo mismo que exponíamos anteriormente porque si se presentan las circunstancias que estaban previstas en el resto de los artículos de condición suspensiva o de condición resolutoria, como las normas suprimidas eran la práctica, el uso y la costumbre, esas prácticas, uso o costumbre, tendrán fuerza vinculante.

Lo que acabo de ilustrar y esto con un par de ejemplos, se da de manera similar en prácticamente todos los casos de vacío, algunos más o menos problemáticos cuando es menester dilucidar si la norma suprimida se opone a soluciones legales diferentes, otros en que pueden encontrarse nuevas normas que suplen el vacío.

En el Código de Vélez en materia de hipoteca teníamos un título hipertrofiado, porque en realidad había casi un centenar de artículos. Pero, eso se debía a que era el único derecho registrable y Vélez había incluido una especie de código registral en el título de la hipoteca.

Cuando llegó la ley 17.801 no derogó los artículos registrales del título de la hipoteca; era una ley escueta que no trata todos los problemas que estaban considerados en el Código, y escribanos, registradores y jueces, para solucionar problemas que no están en la ley 17.801, tenían que recurrir a las previsiones que contenía Código. La propia ley 17.711 reformó varios artículos de la hipoteca, de carácter registral, como el art. 3135 que establece de manera muy clara la posibilidad de que las partes establezcan un cambio del en el rango hipotecario o la reserva de rango, en forma más clara que la ley 17.801.

Adviértase que la ley 17.801 no ha sido tocada por el nuevo Código Civil y Comercial y las normas registrales del título de la hipoteca, que se aplicaban de manera complementaria han desaparecido, entre otras una muy importante, como el art. 3147 que establece la responsabilidad del registrador en el caso de omisión de datos, previsión que no se encuentra en la ley 17.801. Si el registrador omite datos y con eso ocasiona un daño, ¿deberá repararlos o no? ¿Se aplicará la norma clara del Código de Vélez o divagaremos invocando los principios generales de responsabilidad?

Por eso, antes de comenzar este acto, le comentaba al doctor Negri que, aunque él se ha lamentado de que al entrar en vigor el nuevo Código se había enterrado el Código de Vélez, pero a mi criterio eso no sucede, porque 'se ha consagrado su supervivencia, sin querer y sin pensarlo, al darle fuerza vinculante a las prácticas anteriores, cuando no hay regulación legal'. Las previsiones del Código de Vélez que se han suprimido eran práctica y seguirán teniendo fuerza vinculante, ahora no como ley, sino como práctica, por mandato del último párrafo del art. 1º del nuevo Código Civil y Comercial.

Se podrían multiplicar los ejemplos de los casos en que, nos guste o no, para solucionar los problemas que se planteen en el futuro, deberemos seguir recurriendo al Código de Vélez, a su jurisprudencia y doctrina, porque lo impone el nuevo Código, pese a la derogación genérica del Código de Vélez.

El tratamiento que se da a los silencios debe ser conocido y admitido, porque es la única forma solucionar una cantidad de vacíos creados por... No quiero calificar el 'por'. Es una manera de pensar; hay quienes creen que los códigos escuetos tienen una gran virtud. No es la opinión de todos; hay otros pensadores y metodólogos, como ese gran jurista que fue René Desmogué que decía: 'Es mejor un Código minucioso que deja sin margen de interpretación problemas que han existido y a los que la norma les ha puesto final facilitando a las partes y a los jueces la solución del problema.'

Recuerdo en este momento otro de los casos. Se ha hecho desaparecer los inmuebles por su destino o por cesación moral y lo dice expresamente por ahí. ¿Desaparecen?

Es decir, hay una cantidad de situaciones en las que se ha creado un silencio y donde vamos a tener que recurrir forzosamente a las prácticas; y las prácticas las seguimos encontrando en lo que era el Código de Vélez, que no ha muerto, no porque fuera la voluntad

del nuevo legislador que esto sucediera, sino porque a veces, ya lo han dicho, las leyes son más inteligentes que el legislador. (Aplausos).

Doctor Córdoba. Muchísimas gracias al doctor Luis Moisset de Espanés.

Cuando comenzó la reunión, les decía que nosotros tenemos nueva ley, nuevo derecho positivo, pero todavía no tenemos derecho. Es decir, tenemos una parte del derecho que es aquello que nos provee la norma exigible y obligatoria. Para tener derecho tenemos que relacionar eso con toda la estructura jurídica y para poder hacerlo adecuadamente necesitamos del pensamiento de aquellos que pueden lograr lo más elevado del pensamiento profundo.

El doctor Luis Moisset de Espanés nos ha indicado el camino para que todos ayudemos a realizar aquello que se convierta en derecho.

Muchísimas gracias, doctor. Muchísimas gracias, doctor Gómez y doctor Negri. Muchas gracias a todos y esperemos que esto nos sirva para poder trabajar durante todo este año en algo que resulte fructífero para todos. Muchas gracias. (Aplausos).

Abogada Ruiz de Ruiz. Por último, quiero hacer una mención especial y un agradecimiento a la abogada Débora Loreley Fernández, que está haciendo en este momento un registro en estenotipia —taquigrafía a máquina—.

Este registro será subido a la página de la Facultad, en el sitio pertinente a nuestro seminario. Con lo cual, nosotros ya veníamos teniendo un registro en audio de todas las reuniones; ahora, al agregarle este registro hace que el contenido de las reuniones del seminario sea de diseño universal. Esto significa que son aptas para que cualquier persona pueda optar por leer o escuchar el contenido de las reuniones del seminario.

Le agradecemos enormemente porque esto es de avanzada y en este momento somos el único seminario que tiene este tipo de material disponible para alumnos, docentes y los miembros.

Doctor Córdoba. Le agradezco también a Débora y muchísimas gracias a la doctora Noelia Ruiz, quien llevó adelante la organización de la reunión de hoy con enorme esfuerzo.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/904/2025

In memoriam | Guido Alpa

El vínculo con la Argentina de un jurista extraordinario

I. Introducción

El día 8 de marzo de este año, los medios de difusión europeos informaban, respecto de una noticia del día anterior: "Murió Guido Alpa siendo el más grande jurista civilista a nivel internacional" (1).

Este trabajo rinde homenaje a nuestro querido maestro y amigo Piero Guido Alpa, cuya trayectoria y legado han influido notablemente en el desarrollo jurídico tanto europeo como argentino. Fue uno de los miembros fundadores de la "Revista Internacionalización del Derecho", integrando desde su comienzo el Comité Científico de Pares y publicando, en el número inaugural, un sobresaliente trabajo titulado "Sobre el poder contractual de las plataformas digitales".

Su legado se erige como un monumento jurídico. Sus enseñanzas atravesaron generaciones y fronteras

y seguirán haciéndolo. Construyó puentes entre la cultura jurídica italiana y la de América, protagonizando una conversación jurídico internacional incesante.

Su magnífica obra no ha quedado restringida a la transmisión del derecho existente, sino que ha producido los elementos que las circunstancias sociales del momento requerían del jurista. Claro ejemplo de ello fue su aporte a la comunidad mundial cuando esta vivió la última crisis de salud. Distinguía claramente cuáles eran las decisiones a las que debían quedar facultados los prestadores de salud y cuáles correspondían al jurista, resolviendo urgentes cuestiones éticas.



II. Aspectos de la trayectoria de Guido Alpa y sus aportes científico-jurídicos

Guido Alpa nació en Ovada, Italia, el 26 de noviembre de 1947 y desarrolló una sobresaliente carrera académica y profesional hasta su reciente fallecimiento en Génova el 7 de marzo de 2025. Fue reconocido mundialmente, su obra jurídica marcó tendencias y abrió