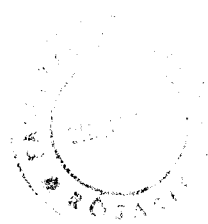


EL CODIGO CIVIL ARGENTINO Y LAS FUENTES DEL DERECHO



(Acerca de los artículos 16 y 17 del Código Civil) (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

1. El Derecho Civil argentino y sus "áreas de influencia" (1) constituyen un **sistema material** (2) en virtud del artículo 15 del Código Civil, que dice "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". En concordancia, los artículos 16 y 17 indican cómo deben juzgarse los casos "más allá" de lo establecido en las leyes.

El artículo 16 dispone: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Por su parte, el artículo 17 establece: "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente". Este texto del artículo 17 surge con el alcance referido según la modificación dispuesta en la ley 17.711. La disposición redactada por Vélez Sársfield, inspirada en la escuela de la exégesis, indicaba: "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos". El cambio así operado en el artículo 17 significa que, desde la exclusiva admisión de la costumbre secundum legem se ha pasado a la aceptación literal de las costumbres secundum y praeter legem y a la posibilidad de que mediante la interpretación histórica —sobre todo por la supresión del primer párrafo del texto de Vélez— se acepte, como creemos acertado, también la costumbre contra legem (3).

El tema de la relación entre los artículos 16 y 17 suele no recibir la atención que merece. En la redacción de Vélez Sársfield ambas disposiciones eran concordantes: siempre prevalecía lo establecido por las leyes, aunque en última instancia cabría entender que los "principios generales del derecho" del artículo 16 abarcaban no sólo el derecho positivo sino también el derecho natural y en definitiva la justicia, cuya supremacía surge de los fines de la Constitución y de la naturaleza misma de lo jurídico. La reforma al artículo 17 ha suscitado el interrogante acerca de qué prevalecen, los usos y costumbres praeter o contra legem o la analogía y los principios generales del derecho positivo. Este interrogante se vincula con la discusión que motivó la reforma de la ley 17.711 acerca de la igualdad o desigualdad de jerarquía que, para la interpretación, debían tener las disposiciones antiguas y las de la reforma (4) A nues-

(*) Para una reunión del Area de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R. Homenaje del autor al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, por su comprensión filosófica del Derecho Privado.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.

(2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed. 5a. reimp. Bs. As., Depalma, 1987, págs. 336 y ss.

(3) En relación con el tema, v. BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Parte General", 9a. ed., Bs. As., Perrot, 1987, I, pág. 75 ss.; c. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 253 y ss.

(4) V., en relación con el tema, por ej. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Estudio de la reforma del Código Civil ley 17.711", Bs. As., Jurisprudencia Argentina, 1969, v. gr. págs. 282 y ss. y 429; BORDA, Guillermo A., "La reforma de 1968 al Código Civil", Bs. As., Perrot, 1971, págs. 18 y ss.

tro entender, por considerar que la ley 17711 es posterior y que de cierto modo el legislador de la reforma ha repensado y "re-establecido" el Código con su propia orientación, debe darse preeminencia a sus soluciones. De este modo, creemos que la admisión de los usos y costumbres *praeter* y contra *legem* prevalece sobre los recursos a la analogía y a los principios generales del derecho positivo.

A las razones interpretativas expuestas se agregan otras que hacen a la jerarquía de las fuentes. En primer lugar, si los usos y costumbres son **específicos** para los casos en cuestión, prevalecen como tales sobre la analogía con otros casos y sobre los principios positivos meramente generales que, por su carácter, tienen menos fuerza reguladora que dichas soluciones específicas.

Desde el punto de vista de los valores, la referencia al derecho positivo legislado del artículo 16 se apoya, normológicamente, en el valor **coherencia** del ordenamiento normativo y, sociológicamente, en el valor **previsibilidad** del plan de gobierno en marcha, que se expresa en la legislación. Sin embargo, en principio dichos valores deben someterse al valor **eficacia** de los usos y costumbres, al valor **solidaridad** de la ejemplaridad, desarrollada en ellos y, sobre todo, a las mayores posibilidades de **justicia** de las soluciones específicas que dichos usos y costumbres pueden brindar, o sea, ha de prevalecer la apertura al derecho espontáneo del artículo 17.

El interés por la coherencia del ordenamiento normativo ya es mucho menor en nuestra "edad de la descodificación" (5), pero sobre todo hay que estar en guardia contra sus excesos, porque son vías para el abuso de la justicia integral y relativa contra la justicia sectorial y "absoluta" y constituyen una de las características de las sociedades **totalitarias** (6). Es más: entendemos que siempre debe prevalecer en principio la **dimensión sociológica** del mundo jurídico sobre la dimensión normológica, salvo que la **dimensión dikelógica** haga legítima la reforma de la realidad social para ajustarla a lo normativizado (7).

2. Según el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, el artículo 16 pasaría a establecer: "Si el caso no pudiera ser resuelto ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se tomarán en cuenta su finalidad, las leyes análogas, los usos y costumbres y los principios generales del derecho, conforme las circunstancias del caso" (8).

Dejando de lado la repetición que, por lo menos en parte, pueden significar las referencias al espíritu y a la finalidad de las leyes, cabe una pregunta fundamental acerca de si hay un orden de preferencia decreciente entre la analogía, los usos y costumbres y los principios generales del derecho o si, en cambio, todos son invocados en pie de igualdad. El interrogante se vincula de manera principal con el elemento "lógico" de la interpretación. Si el rigor lógico fuera decisivo, el orden de la expresión manifestaría también un orden de preferencia. Sin embargo, teniendo en cuenta las mayores características de recopilación a las que —pese a cierto propósito "sistematizador" (9)— se aproximaría el "código" con la reforma proyectada, ese rigor no resulta tan significativo.

De haber preferencia entre los tres elementos referidos en el proyecto no sería explicable que la analogía y los principios generales del derecho, incluyendo los del derecho positivo, estuvieran distan-

(5) Puede v. IRTI, Natalino, "L'età della decodificazione", Giuffrè, 1979.

(6) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984, en especial acerca de las clases de justicia (págs. 40 y ss.).

(7) Cabe aclarar que la dimensión sociológica se centra en los repartos, o sea en las adjudicaciones que provienen de la **conducta** de seres humanos determinables. No se trata, en modo alguno, de renunciar a la conducción, sino de ejercerla debidamente sin apegarse de manera excesiva al brillo de las normas.

(8) V. en relación con el texto MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El plexo normativo: el finalismo de las leyes. Los usos y costumbres (En el Proyecto de Unificación)", en "La Ley", 11/IX/1987, t. 1987-D, págs. 1087 y ss..

(9) Así lo denuncia la comisión redactora (v. págs. 3 y 4 de la exposición previa de su presentación del 22/IV/1987).

ciados por la atención a los usos y costumbres. Además el carácter no discriminado de la invocación de los tres elementos resulta claramente diverso del escalonamiento del texto actual del Código y las "circunstancias del caso" se refieren, en la propuesta de reforma, a los tres elementos integradamente. Sería discutible que una obra que, como dijimos, se aproxima a los rasgos de la recopilación, pero como fuente de un sistema, diera prioridad a la analogía respecto de los usos y costumbres (10). Cuando, como en este caso, una obra con rasgos de recopilación pretende ser fuente de un sistema debe poseer una textura muy abierta a la realidad social.

Creemos, en suma, que existen argumentos interpretativos sólidos que inclinan a la equiparación de la analogía, los usos y costumbres y los principios generales del derecho. Cabe sin embargo señalar que, en caso de entenderse que la interpretación no es clara, el mismo sería —como es de esperar en la mayoría de los casos— el resultado de la **determinación**. Estimamos que atendiendo a la finalidad general de apertura a la realidad social que muestra la obra de unificación y a los rasgos antes señalados, de menos rigor codificador, debería decidirse por establecer que la analogía, los usos y costumbres y los principios generales del derecho positivo quedan en pie de igualdad y el encargado del funcionamiento debe darles el peso respectivo que sea necesario para llegar a una solución más **justa**. Al fin, desde el punto de vista axiológico corresponde señalar que, por el debilitamiento del rigor codificador, la obra de unificación evidencia una menor preocupación por la coherencia y la previsibilidad y una mayor inclinación por el juego de la eficacia, la solidaridad y la justicia de las soluciones específicas consagrado ya en el artículo 17. Es en este sentido que en su caso debería ser determinada la norma del artículo 16 proyectado (11).

(10) V. NICOLAU, Noemí L., "Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del Derecho Privado argentino", en "El Derecho", 9/VI/1988, t. 128, págs. 751 y ss..

(11) Quizás, sin embargo, el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial no corresponda a los criterios de reparto del plan de gobierno actual. Creemos que, por lo menos, requeriría en este sentido diversas modificaciones.

Consideramos que también el contrato es —como fuente formal de un reparto autónomo— otra de las fuentes del derecho (v. en relación con el mismo sobre todo los textos del art. 1197 en el Código Civil y en el proyecto de unificación).

Nota: Con posterioridad a la redacción de este artículo el proyecto de unificación recibió el veto presidencial.