

DERECHO SIN LEY. LA COSTUMBRE COMO FUENTE

1. El fallo anotado	69
2. El fallo	79
3. Derecho sin ley o fuera de la ley	79
4. Derecho contra la ley	80
5. Costumbre y ley	81
6. Principios generales y ley	82
7. La costumbre como fuente de Derecho	83
8. La costumbre derogatoria de la ley	85
9. Buenas y malas costumbres	87
10. Elementos de la costumbre	88
11. La crítica al Código Civil	89

DERECHO SIN LEY

La costumbre como fuente

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. El fallo. 3. Derecho sin ley o fuera de la ley. 4. Derecho contra la ley. 5. Costumbre y ley. 6. Principios generales y ley. 7. La costumbre como fuente de Derecho. 8. La costumbre derogatoria de la ley. 9. Buenas y malas costumbres. 10. Elementos de la costumbre. 11. La crítica al Código Civil.

1. EL FALLO ANOTADO

CNCiv., sala B, octubre 31-978. Fernández, José R. c. Urpi, Teresa.

2^a instancia. Buenos Aires, octubre 31 de 1978.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Vernengo Prack* dijo:

1º) El apelante se agravia de la interpretación de la prueba, efectuando citas que no concuerdan con la documentación agregada.

El primer descubrimiento que surge de analizar la prueba, es que no era posible la escrituración el día 27 de julio de 1967 como intimara la demandada a Fernández en el telegrama de fs. 2.

Ello surge claramente porque el corresponsal del escribano Horacio Pagliera, en La Rioja, recién le remite los certificados después del 1º de agosto de 1967, que con un cálculo muy alejado a la prescripción del

artículo 158 del Código Procesal, podría situarse con mucho optimismo el día 2 de agosto de 1967. Además, el correspondiente de La Rioja (fs. 250, carta fechada en dicha ciudad el 31 de julio) que para inscribir en la provincia la escritura de venta debería hacer constar en el cuerpo de la escritura que "lo vendido está fuera de la zona catastrada", así como también el número de padrón de la Dirección General de Rentas, como prescribe la ley 2112 local. Sin esas instrucciones y sin los certificados no se podía otorgar la escritura.

Es por ello que el escribano, que si bien con un oficio preparado por su letrado y sin el control de la dirección letrada de la contraparte dice el 18-4-1972: "que desde que se firmó el boleto hasta la realización de la escritura fracasada, jamás concurrió a las distintas citaciones José Fernández" a los dos días, el 20-4-1972 ya ante el juzgado y ante el letrado de la contraparte se rectifica y declara: "Estaba la vendedora, la actora y el administrador de 'la señora', Angel Gionco".

Esto explica —por prueba producida por la demandada— que la versión del actor es cierta.

El telegrama recibido con fecha 27-12-67 que fuera emitido el día anterior, hace concurrir al demandado a la escribanía. Allí se conviene prorrogar el plazo de la escritura hasta que la demandada resuelva el problema de los intrusos. Al dilatarse demasiado ese trámite, escudados los demandados en que su telegrama no había tenido respuesta, el actor solicita la intimación para escriturar que tiene efecto de interpelación, por lo que se había convenido con Gionco, que según lo declarado por el escribano, estaba presente cuando concurrió la parte actora el día de la escritura, juntamente con Teresa Urpi y que independientemente de que hu-

biera estado o no en La Rioja había convenido ocuparse del problema de los intrusos.

De otra manera, no tendría sentido que una escritura convenida el 4 de julio de 1967, se cita para suscribirse el día 27 de diciembre de ese año o al día siguiente: 28 de diciembre de 1967. Y que habiendo constancia escrituraria de la no comparecencia del comprador, el problema de la "seña", rescisión y demás no se resuelve hasta que el actor intimá su cumplimiento el 5 de agosto de 1969.

De la visita del campo y de la presencia de los intrusos dan cuenta las declaraciones de los testigos Joaquín Naufel que manifiesta que existían ocupantes que se decían propietarios; y Raúl C. Panero. No fueron impugnados y observados en los términos del art. 458, del Código Procesal.

Si a ello se agrega que no se acompañó la presunta escritura fracasada, ni siquiera un testimonio o fotocopia de la misma, está bien resuelto que, por decisión de las partes, la mora en el cumplimiento de sus obligaciones —entregar libre— (objeto de la compraventa, si no sería cesión) es imputable a la vendedora y así ha logrado probarlo el actor.

Si a ello se agregan las razones dadas por el juez de 1^ª instancia que no fueron motivo de agravio, las circunstancias de la causa llevan a una misma solución en cuanto a la interpretación de los hechos se refiere.

2º) Es necesario tener presente, con relación a las normas operativas al tema, que al contrato celebrado el 4 de julio de 1967 le son aplicables las disposiciones del Código Civil anteriores a la sanción de la ley 17.711. Esa es la única norma clara y rescatable del reformado artículo 3º del Código Civil: "a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias". La ley 17.711 fue publicada en el Boletín Ofi-

cial el 26 de abril de 1968 y según su artículo 7º sus disposiciones entrarán en vigor en julio de 1968. La situación a interpretar ocurrió en diciembre de 1967, si es que no se considera que la entrega de las actas y el pago de \$ 4.000 se consideraban "curso de la ejecución del contrato". La interpelación en 1969 es una secuela concordante del derecho que se le venía aplicando al contrato, en curso de ejecución.

3º) El administrador-heredero de Teresa Urpi sostiene en la expresión de agravios de fs. 311 que para hacer justicia hay que forzar "los textos legales, omitiendo algunos, interpretando otros más allá de toda posible intención del legislador, y es por ello que la doctrina del abuso del derecho ha triunfado...", el juez debe proteger la conducta abusiva "aun contra la ley". El agraviado se ha equivocado de fuero al recurrir a este tribunal en demanda de un derecho sin ley. No es culpa. La publicidad de la mitomanía llega no sólo a deformar la mente de nuestros hijos, sino también de quienes se han formado en las cada vez menos sacrificadas aulas universitarias. El fuero del derecho sin ley es Robin Hood, el Zorro, Superman, el Hombre nuclear y todos los inventados ajenos a las más puras tradiciones de este país que se edificó del trabajo sin agachada, del coraje, y del más atinado y expresivo monumento de nuestra idiosincrasia civilizada: el Código Civil argentino. La suavidad, sin estridencias, sin violencias, sin titulares en los diarios, con que ha transformado al país de un conjunto de aldeas, en un exportador de cerebros entrenados en casi todas las ciencias, es pauta de su verdadero Gobierno. Así con mayúscula. Como los que se comprometieron a llevar su sabiduría a la calle, por medio del caso concreto. Individualista, liberal, vetusto, retrógrado, plagiado. A todas estas injurias ha respondido con la equilibrada solución de todos los pro-

blemas, dando lecciones que sólo después de muchos años se entienden. Su paz imperturbable ha resistido todos los mistificadores, a todos los "ismos", a todos los demagogos, y me animaría a afirmar que, navegando por este último tercio del siglo, bajo el pabellón celeste y blanco, no habría señal más apropiada para mostrar al mundo que somos gente, que el gallardete de lujo de su civilidad.

Es lo que no quiere el apelante que se aplique, buscando, en trasnochados tanteos, la justicia a su medida, elaborada por el unilateral discurso de las meras palabras que le dicta su interés.

4º) Atento el análisis de la prueba efectuado en el considerando 1º quedan sin basamento fáctico las consideraciones del juez de 1^a instancia, que sostiene la culpa del actor en la demora de la escrituración. Ello no es así. Y al haberse desvirtuado, sólo queda vigente como fundamento para actualizar el saldo, que se "consagraría una solución de notoria injusticia... ya que el accionante estaría incorporando a su patrimonio un bien luego de casi 10 años de adquisición, tiempo durante el cual nuestro signo monetario se envileció en forma exorbitante".

5º) El art. 1435 establece el derecho del comprador de suspender el pago del precio si tuviere motivos fundados de ser molestado por reivindicación o por cualquier acción real. En el caso, de acuerdo a lo declarado, la acción sería de prescripción treintañal.

Pero si la anciana vendedora necesitaba urgentemente el precio, podía —ante el descubrimiento de la presencia de intrusos— haber optado por la solución del artículo 1425 *in fine*. Pedir su entrega, afianzando su devolución al comprador, en caso de ser molestado por

acción real o personal que tuviera como objeto un cambio de la titularidad del dominio.

No hubo tal oferta de afianzamiento.

La vendedora que había percibido ya \$ 4.000 ley del año 1967, usufructuó durante diez años el campo, con el correlativo perjuicio para el adquirente.

Pero para tener una idea más clara del intercambio de valores —que recién ahora se considera injusto para la parte que se benefició—, hay que tener presente que la demandada adquirió el campo en 1954 por la suma de \$ 850. Y que, sólo con la seña de venta, percibió \$ 4.000 ley del año 1967. Ellos representan valores actuales \$ 2.640.840 ley, nada más que como seña.

Quiere decir, que la demandada no sólo tenía a su disposición el campo, que le rendía o le debía rendir un valor locativo aproximadamente del 10% anual (\$ 264.084), sino que además conservó para sí lo entregado en efectivo a cuenta de precio, que —como hemos visto— en moneda actual representaba también \$ 264.084 ley.

La vendedora había quitado al comprador \$ 4.000 ley que hacía rendir, usufructuaba el campo, es decir, percibía o debía percibir rentas del mismo. Y con sólo la entrega de la suma a cuenta había amortizado con creces el precio de compra, ya que entre 1954 (fecha de compra) y 1967 (fecha de venta) apenas avanza un 46%.

Pero todas estas consideraciones, tienen poca fuerza de convicción frente a lo que surge del acta de fs. 199, el día 17-3-1977, donde ambas partes son invitadas a un acuerdo conciliatorio por el juez, rechazando ambas tal temperamento. Fuera ya del argumento aritmético, ello quiere decir que ambas partes se juegan a todo o nada. Y ahora sí sería injusto que después de haber efectuado esa especulación, se atenuase de oficio el alar-

de del perdedor, reajustando el saldo del precio, y contrariando frontalmente no sólo la ley, sino la propia voluntad del litigante, que por ganar todo estuvo dispuesto a perderlo todo.

Corresponde pues que se confirme parcialmente la sentencia apelada, haciendo lugar a la escrituración, pero revocándola en cuanto efectúa un reajuste del precio de compra, por las razones expuestas más arriba. Se otorga un plazo de 45 días para escriturar, bajo apercibimiento de efectuarse por el juzgado por el procedimiento del trámite abreviado (artículo 16, inciso a, de la ley 17.801), con costas en ambas instancias a cargo del demandado.

El doctor *Di Pietro* dijo:

1º) Conviene hacer una breve reseña de los acontecimientos vinculados con este negocio del *sub discussio*. El día 4 de julio de 1967, Teresa Urpi firmó con José R. Fernández —actuando por cuenta y orden de “Pacobri S.A.”— un boleto de compraventa por el cual le vendió “una fracción de campo ubicada en la provincia de La Rioja, de esta República, compuesta de 85.915 hectáreas, 7563 metros, 52 centímetros cuadrados”, habiéndose pactado un precio de \$ 4.000.000 $\frac{m}{n}$, de los cuales solamente se pagó la suma de \$ 400.000 $\frac{m}{n}$. Luego, el 5 de octubre de 1967 la firma compradora cedió los derechos y obligaciones a José R. Fernández.

De acuerdo con la cláusula 6º del boleto, la escritura traslativa del dominio se debía efectuar “para el día 27 de diciembre de 1967, o antes si así lo indicase la compradora, quedando desde ya notificadas las partes a los efectos legales”.

Sin embargo, llegó dicha fecha (27-12-67) y la compradora no apareció ante el escribano designado en el boleto, razón por la cual la vendedora procedió a enviarle el telegrama de fs. 2 de la misma fecha, inti-

mándolo al comprador a “firmar el día 28 del corriente a las 18 horas ante mismo escribano”, y ello bajo apercibimiento pérdida seña y rescisión operación.

El comprador guardó total silencio, y no solamente no contestó el telegrama, ni menos aun compareció a la escrituración intimada, sino que dejó transcurrir todo el lapso que va desde dicha fecha hasta el 5 de agosto de 1969, para proceder recién entonces a enviar el telegrama de fs. 3, pidiendo que se “indique dirección escribano, fecha y hora escrituración”, el cual fue contestado mediante el despacho de fs. 4 considerando rescindida la operación.

2º) De lo actuado cabe deducir bastante nítidamente que la parte compradora se colocó en evidente mora, no solamente porque no concurrió a escriturar el día fijado en el boleto —27 de diciembre de 1967—, para el cual quedó directamente notificado, sino que además, tampoco concurrió a la intimación efectuada para el día siguiente, realizada por el telegrama ya reseñado.

Pese a ello, la vendedora, que podía perfectamente haber resuelto el contrato, si lo hubiese hecho en tiempo oportuno, y ello en el mejor de los supuestos para su parte, interpretando a su favor la jurisprudencia habiente con anterioridad a la reforma de 1968 acerca de entender la posibilidad implícita de resolver ante el incumplimiento culposo de la contraria, no usó de ese derecho sino después del telegrama intimidatorio del comprador. Por ello pudo decir bien ajustadamente el *a quo* que dicha facultad fue ejercida en forma extemporánea, ya que como se expresó en la sentencia recurrida “aún después de la constitución en mora, el deudor conserva el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, por lo que no habiendo su adversario fundado en su mora el

derecho a resolver el contrato, aquél conserva intacta la facultad de exigir el cumplimiento de la misma".

Si a este razonamiento jurídicamente impecable unimos la circunstancia de que la demandada se limitó a contestar la demanda, sin siquiera reconvenir por la rescisión de la operación, llegamos fácilmente a la solución de que la sentencia anterior, en lo que hace a este respecto, debe ser confirmada.

3º) En lo que se refiere al problema del reajuste del saldo de precio, las buenas razones expresadas por el *a quo* para admitir su procedencia, concuerdan en general con las razones expresadas en causas análogas resueltas por esta misma sala, a cuyos fundamentos, *brevitatis causa*, me remito (conf. causa nº 212.270, "Risso, Carlos A. c. Linch de Lorenzo, Zunilda A." del 11-4-78, Revista *La Ley*, diario 29-6-78; causa nº 221.670, "Carrone, Miguel A. c. Güiraldes, Luis F.", del 13-6-78; causa nº 225.529, "Zabala, Bernardo H. c. Roed, Sociedad en Comandita por Acciones", del 18-8-78; etc.). lo cual, dentro de las características de la especie resulta totalmente justo, equitativo y razonable, puesto que resultaría altamente agravante para el carácter commutativo y sinalagmático de la operación, condenar a escriturar nada menos que más de 85.000 hectáreas ubicadas en La Rioja por el equivalente del saldo de precio —90% del pactado— que es nominalmente \$ 36.400, que si bien en 1967 era la contraprestación de un campo de características semejantes, hoy día, en 1978, apenas si representa el valor adquisitivo de una prenda de vestir.

Pero, en la especie, no es necesario ni siquiera argumentar sobre las bases apuntadas en dichos fallos, ya que resulta por demás evidente que el comprador, si bien tiene derecho a escriturar, fue abiertamente moroso en el cumplimiento de sus obligaciones dinerarias,

tal cual lo hemos venido denotando desde un comienzo (artículo 509, Código Civil). Por ello, le es plenamente aplicable la doctrina del plenario “La Amistad S.R.L. c. Iriarte, Roberto César s/cobro de pesos” del 9-9-77 (Revista *La Ley*, t. 1977-D, p. 1; *El Derecho*, 21-9-77), correspondiendo, en consecuencia, la indexación del saldo de precio a partir del día en que incurrió en mora, el 28 de diciembre de 1967.

Teniendo en cuenta que la sala, en muy reiteradas causas ha venido sentando el criterio que las pautas para calcular cuánto fue el desmedro de nuestra moneda, si bien debe hacerse tomando en cuenta los índices oficiales del INDEC, no corresponde adoptar los mismos con un rigorismo matemático inexorable, sino asimilándolos prudencialmente, de acuerdo con las características de cada causa en particular (conf. causas: “Marrocco c. Feuer” del 5-8-77; “Huergo c. Filippini, Ezequiel y otro”, 12-9-77; “Puizzo, Bernardo c. Núñez, Fernando”, 26-8-77, etc.).

Propongo, por ello, que el saldo de precio sea elevado, para la época de esta sentencia, a la suma de \$ 22.000.000.

En consecuencia, de compartirse el criterio sentado, corresponde confirmar la sentencia apelada, modificando solamente el monto que la parte compradora deberá abonar en el acto de la escrituración, el cual se eleva a la cantidad de \$ 22.000.000. Costas de la alzada, atento el resultado de los recursos traídos, en el orden causado (artículos 68, 2^a parte y 71, Código Procesal).

El doctor *Collazo* dijo:

Adhiero al voto del doctor Di Pietro, porque opino que corresponde confirmar la sentencia que manda escriturar por no haberse ejercido la facultad de contrademendar por rescisión de la promesa de compraventa.

En cuanto a la situación de mora del comprador corresponde actualizar el saldo del precio de compra que debe elevarse a \$ 22.000.000 (o sea \$ 36.000 por el índice desde el 27 de diciembre de 1967 a la fecha).

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma en lo principal la sentencia apelada de fs. 285-287 vta., modificándola en cuanto al monto que la parte compradora deberá abonar en el momento de la escrituración, el cual se eleva a la suma de \$ 22.000.000. Costas de alzada en el orden causado. *Antonio Collazo, Alfredo Di Pietro, Rómulo E. M. Vernengo Prack* (Sec.: Guillermo J. Blanch).

2. EL FALLO

El fallo que comentamos tiene múltiples facetas relevantes. De ellas queremos destacar dos: 1) la apasionada defensa de la *ley* como fuente única del Derecho, y 2) la no menos vehemente defensa del Código Civil.

3. DERECHO SIN LEY O FUERA DE LA LEY

Afirma el vocal preopinante que “el fuero del derecho sin ley es Robin Hood, el Zorro, Superman, el Hombre nuclear y todos los inventados ajenos a las más puras tradiciones de este país...”

La frase encierra una franca adhesión al *legalismo*, a la limitación del derecho a la ley escrita, a la idea que el fiel cumplimiento de la ley asegura el bien común y la justicia.

Pero, a la vez, importa un repudio al denominado derecho supralegal, a los principios generales inspiradores del derecho positivo y a los cuales debe éste ajustarse.

tar su cometido; una condena a toda fuente de derecho distinta de la ley; un desconocimiento del derecho de las costumbres o consuetudinario. La negación de la función integradora del juez.

El juez de la sala E parece descreer de la posibilidad de un derecho positivo y escrito nulo en virtud de su injusticia y de la búsqueda fuera de la ley, pero dentro del Derecho, así con mayúscula, de la justicia.

4. DERECHO CONTRA LA LEY

La *gran ilusión* del positivismo, identificación del derecho con la ley, lleva a rechazar otra gran ilusión, a la cual adhieren los niños, los hombres simples... Robin Hood, el Zorro, Superman...

La medida infalible para juzgar el derecho positivo, decía San Pablo, se encuentra “en la ley que Dios mismo grabó en nuestros corazones” (*Romanos*, 2, 15). El derecho positivo para ser derecho debe guardar armonía con el derecho natural. Es esa su función legitimadora.

Existe, en consecuencia, una instancia superior a las reglas humanas, conforme a la que éstas han de ser juzgadas y pueden ser condenadas.

Pensemos que los personajes aludidos no son ajenos a nuestras tradiciones e idiosincrasia. Son universales. Constituyen la representación, a nivel popular, de *un hombre nuevo*, consciente del deber específico, inmediato y creador de gravísima obligación de conciencia, de discriminar lo justo de lo injusto y procurar la aplicación de la justicia, en todo momento y ocasión. *Fiat Iustitia ut non pereat Mundus.*

La traducción criolla y actual puede ser Lindor Covas.

5. COSTUMBRE Y LEY

Nos parece oportuno detenernos a demostrar que fuera de la ley hay derecho, que éste no se agota en las normas legales. Incluso que este derecho consuetudinario puede, en ciertas circunstancias, derogar la ley.

La negación del poder creador de la costumbre ha sido una constante en los seguidores de la teoría general de la ley. Negaban a la costumbre todo poder creador; a su modo de ver no solamente es impotente para oponerse a la ley escrita, sino que tampoco puede completarla, ni llenar sus lagunas, ni tapar las fisuras (Demolombe, Laurent, Aubry y Rau, etc.).

El auge de la ley, su adoración, conlleva la decadencia de la costumbre, su postración.

Los argumentos que se invocan son muy variados:

1) Se opone a toda posibilidad de revelación directa y espontánea del derecho, el sistema de democracia indirecta. En una democracia representativa el pueblo no delibera ni gobierna sino por intermedio de sus representantes.

2) El Estado moderno, monopolizador del aparato coactivo y celoso de sus prerrogativas, no ampara ni reconoce como jurídicas las reglas que nacen fuera de la organización del Estado. El rechazo, en consecuencia, deviene del origen: norma creada e impuesta por el uso social.

3) La identificación de la costumbre con el suceder a la realidad social, muestra su debilidad y lleva a su rechazo. Mientras la ley es acto de sabiduría, justicia y raciocinio, y por ello eterna o definitiva la costumbre es circunstancial y caprichosa, irracional y mutable.

4) Siendo la costumbre una no ley, algo distinto a ella, el sometimiento a sus dictados es inconstitucional. El principio de legalidad, artículo 19 de la Constitución, “nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que la ley no prohíbe”, se opone a su vigencia.

5) El principio de seguridad se resiente con las costumbres. Certeza, tranquilidad, confianza, desaparecen cuando una costumbre tiene fuerza normativa. ~~que~~ La ley se presume conocida. Con la ley los hombres conocen de antemano lo que tienen que hacer u omitir y quedan exentos de decisiones sorpresivas que dependen solamente de la voluntad ocasional de quien manda.

6) Mientras la interpretación de la ley es relativamente sencilla y se realiza recurriendo a su letra o al espíritu de su autor, el legislador, la interpretación de la costumbre deja al juez un amplio campo de actuación. Al no tener autor conocido, las costumbres son anónimas en su origen, el juez puede darles un sentido y alcance difíciles de prever.

7) Lo mismo ocurre con la aplicación de la costumbre al caso juzgado. La subsunción, el silogismo, el quehacer meramente lógico y casi matemático, es propio de la ley y de aplicación poco menos que imposible a las costumbres.

6. PRINCIPIOS GENERALES Y LEY

La alusión a los *principios generales del derecho* se hace aquí al solo objeto de mostrar la coherencia de la tesis positivista. El rechazo a toda fuente no legal, la afirmación de que fuera de la ley no hay derecho, conduce a reducir tales principios a los del *ordenamiento jurídico positivo*.

Los principios aludidos en el artículo 16 son, para esa corriente, principios de derecho positivo, no de derecho natural. Se extraen por la vía de la abstracción o la síntesis. No hay otros principios que los que se desprenden de las normas legales.

Fuera de la ley no hay principios obligatorios. Nada valen la *razón natural*, el *sentido natural* o la *naturaleza de la cosa*.

7. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO

La fuerza normativa de la costumbre —así como la de los principios generales, tema que dejamos para otra oportunidad— se defiende con argumentos plurales y de una enorme fuerza de convicción.

Los iremos exponiendo como réplica a los sostenidos por los detractores.

1) Aun en una democracia representativa, la idea de una abdicación completa, absoluta, por parte de la colectividad y a favor de los poderes constituidos, de su aptitud para crear el derecho “es quimérica y pueril”, al decir de Josserand: “Una comunidad no abdica su conciencia jurídica; la canalización perfecta del derecho es ilusoria”.

2) Ese afán totalizador del Estado, en orden al derecho, prerrogativas y facultades, es imposible. Lo había señalado con lucidez Portalis: “Nosotros estamos igualmente preservados de la peligrosa ambición de querer regularlo todo y preverlo todo... Hágase lo que se haga, las leyes positivas no podrían reemplazar jamás el uso de la razón natural en los negocios de la vida...” Llama la atención que se pretenda en aras de la democracia desconocer lo consuetudinario. Que se califique de afán totalitario el que **pregona un derecho fuera del Estado**. Paradojal, al menos.

3) El carácter fáctico de la costumbre no significa, en modo alguno, identificar la costumbre con el suceder o la realidad social. Empero, esa tipicidad social le da una gran fuerza. Se olvida, tal vez, que cualquier norma de derecho positivo requiere vigencia social. La costumbre muestra, por lo demás, un derecho vivo, un derecho que late en las entrañas del pueblo.

4) Cuando la Constitución alude a la ley, refiere a la totalidad del derecho, al conjunto de normas con fuerza obligatoria. Por lo demás, si bien es discutible la necesidad expresa de un reconocimiento por la ley de la costumbre, de su poder jurígenético, dicho reconocimiento existe, respecto de la costumbre *praeter legem*, en el artículo 17 del Código Civil, así como también respecto de la costumbre *secundum legem*.

5) Es erróneo identificar la costumbre con el derecho no escrito (*ex non scripto*); equivale a dar valor primordial a la forma externa. Nada impide que las costumbres se recopilen o se fijen por escrito y, muy por el contrario, ello es muy conveniente en determinadas situaciones. Por lo demás, mientras el conocimiento de las leyes no pasa de ser una ficción, las costumbres deben reunir una serie de requisitos: generalidad (ser práctica de un núcleo social), continuidad (ser práctica constante y duradera) y uniformidad (no interrumpida por una práctica diferente).

6) El recurso a la *mens legislator*, en la interpretación de la ley, importa, la más de las veces, una desubicación histórica. La interpretación la hará el juez atendiendo a la *lógica de lo razonable* y a criterios actuales acerca de los *fines* de la ley, el bien común y la justicia. Empero, como lo señala Carbonnier, las costumbres constituyen un ingrediente virtual en el análisis de ciertas nociones legales. Recordemos que las *buenas*

costumbres ponen límites al ejercicio de los derechos emanados de las leyes (artículo 1071 Código Civil).

7) Es en el *mundo real* y no en el *mundo de los conceptos* donde debe el juez subsumir el caso sometido a su decisión. Para buscar la justicia partiendo del caso es menester la *estimación de los datos sociales prevalentes en el momento que la cuestión se suscita*.

“Es inconsecuente guillotinar al principio sustituirlo por el principio”, al decir de Ortega.

Los tribunales de justicia no representan hoy la supervivencia del *ancien régime*, de un pasado odioso y despótico. Ellos son, por el contrario, los hacedores del *derecho para el caso*. Ocupan los jueces, y está bien que así sea, el centro del escenario jurídico.

8. LA COSTUMBRE DEROGATORIA DE LA LEY

La costumbre no sólo tiene fuerza para crear derecho fuera de la ley, sino que es la que da, al decir de Cuiaccio, fuerza obligatoria a la ley.

Cuando las costumbres se apartan de la ley, chocan con ella, obran *contra legem*, se opera la derogación por el desuso.

Lo afirma un jurista del prestigio de Llambías: “Especialmente en lo que respecta a la costumbre, y en nuestro tiempo en que la avidez de autenticidad y de verdad palpita en todos los órdenes, no es posible aceptar la ficción de un imperio de la ley que, de hecho, no rige cuando los individuos sujetos a su obediencia no se sienten obligados en conciencia a respetarla. La prohibición científica pide sinceramiento con la realidad en este punto, en el cual la falta de coactividad que revela la eventual inoperancia de la ley frente a la efectiva vigencia del derecho consuetudinario es un hecho objetivo y real...”

La derogación de la primera parte del artículo 17, por la reforma de 1968, puso las cosas en su orden o estado regular. La acción de la costumbre sobre la ley, así como lo relativo al modo de interpretar las leyes y otras similares es *cuestión extraña a la instancia legislativa*.

El silencio es lo único que cabe o corresponde.

Y ese silencio importa un reconocimiento del rol específico de los jueces; es a ellos a quienes compete resolver sobre el desuetudo.

El conferimiento de la función de administrar justicia al Poder Judicial, excluye también totalmente su arrogación por el órgano ejecutivo y por el órgano legislativo. Y administrar justicia significa, además de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, resolver sobre la interacción de una fuente del derecho sobre otra fuente.

Ahora bien, la costumbre *contra legem* reconoce dos limitaciones fundamentales; en nuestra opinión: a) alcanza sólo a las leyes dispositivas o supletorias y no a las imperativas, en cuya vigencia “estén interesados el orden público y las buenas costumbres” (artículo 21 del Código Civil), y b) es un presupuesto —tanto para esa costumbre como para las restantes con fuerza normativa— la racionalidad, entendida como conformidad de la costumbre con los principios generales (razonabilidad).

Si bien el juez está legitimado para extraer del arsenal del orden jurídico la norma general que individualiza en la sentencia, ereando así el derecho del caso, no puede desconocer la denominada *política de derecho*, señalada fundamentalmente por los órganos políticos que componen el gobierno: el ejecutivo y el legislativo.

Las normas imperativas responden a una determinada política: elección de un fin y de unos medios. Y

si los particulares con sus convenciones o contratos no pueden dejarla de lado, tampoco pueden hacerlo las costumbres.

9. BUENAS Y MALAS COSTUMBRES

Una reiteración de hechos ilícitos no puede convertirse en norma jurídica consuetudinaria válida. Como tampoco por mucha que sea la frecuencia y la reiteración que posea el *usus populi* de defraudar al fisco o de efectuar actos de contrabando, puede decirse que la inexistencia de obligación fiscal dimane de una norma consuetudinaria.

Las *Leyes de Partidas* decían que las costumbres deben ser “con justa razón y no contra la ley de Dios ni contra el derecho natural ni contra pro comunal de toda la tierra del lugar do se face”.

Si admitimos que la ley puede ser injusta y que ello apareja su nulidad, no podemos dejar de reconocer que también la costumbre puede ser injusta.

De no ser así nos limitaríamos a cambiar un culto por otro o a multiplicar los falsos dioses.

El problema se replantea modernamente con motivo de las *condiciones generales*, dictadas por una de las partes en determinados contratos y que reúnen, muchas veces, los extremos de generalidad, continuidad y uniformidad. Un sector las califica como “derecho autónomo de la economía, o nueva fuente del derecho”. Empero, se observa con acierto, no traducen sino la pretensión “de una clase social de gozar de poderes legislativos”. En cuanto dictadas en provecho de una de las partes les falta “el motivo de la justicia”, esencial para las reglas jurídicas.

Otra vez, serán los jueces los encargados de calificar a las costumbres previa verificación, además de

la presencia de los elementos constitutivos, de su orientación hacia la justicia. La disconformidad axiológica las tornará en un no derecho.

10. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

Entre las aporías que pone de resalto la doctrina moderna se encuentra la relativa a la necesariedad del denominado elemento subjetivo, espiritual o psíquico de la costumbre, dado por la llamada *opinio juris*.

Pensamos que la insistencia en este elemento subjetivo —así como también la creencia en la fatal o necesaria licitud de las costumbres por ser “encarnación del derecho mismo”—, son resabios, conscientes o no, de la Escuela Histórica del Derecho.

Si bien es verdad que las costumbres son deudoras de esta Escuela, en particular en cuanto valoriza sobremanera el derecho consuetudinario, también lo es que las tiñeron de prejuicios. Uno de ellos, la aversión y negación de la consideración filosófica del derecho y, por ende, de las mismas costumbres; otro, la creencia en que la transformación de la costumbre en derecho se realiza por obra o en virtud de la convicción general jurídica de los que la usan.

Esta *convicción* de la Escuela Histórica devino en el elemento subjetivo de toda una pléyade de juristas positivistas.

En nuestra opinión, debe aceptarse la teoría del uso —esa metamorfosis se cumple bajo el influjo del uso constante y repetido, exclusivamente— y rechazarse, en consecuencia, las explicaciones de la teoría de la convicción —propia de la Escuela Histórica—, la de la teoría de la concesión —la costumbre deviene derecho por el consentimiento y reconocimiento del Estado—, e igualmente la denominada teoría de la voluntad,

para la cual la transformación sólo es posible si, al lado de los que la practican, existe la voluntad de hacer de la regla practicada regla de derecho para lo futuro.

Las teorías desechadas conducen al más absoluto subjetivismo, pues la validez y vigencia de las normas se hace depender de la conciencia o convicción de los particulares, cuando lo cierto es que las normas consuetudinarias poseen una naturaleza objetiva y, al decir de Recaséns Siches, idéntico sentido, idéntica estructura lógica, pretensión formal de validez e imperio inexorable que las demás normas jurídicas.

11. LA CRITICA AL CODIGO CIVIL

Las críticas al Código Civil muy difícilmente pueden calificarse como injurias, agravios o ultrajes.

Es innegable, por lo demás, que el Código tiene muchos años y en tal sentido es vetusto; que adhiere al sistema filosófico denominado individualismo, como también al sistema liberal. Lo reconoce Abel Cháneton: “El Código Civil argentino es un código individualista”. El individualismo, agrega Cháneton, “...era un dogma de la época”, de ahí, quitando la intención despectiva, lo de retrógrado.

Es también de Cháneton la frase: “Como los redactores del Código Civil francés, sabía Vélez que el verdadero codificador debe ser un discípulo, no un profeta”.

Y si ponemos de resalto esta parte de la sentencia es para significar la perdurabilidad de las ideas que, en los albores de la codificación, postulaban la posibilidad de un “derecho perfecto, construido definitivamente, acto de sabiduría, de justicia y de raciocinio”.

El respeto a la obra de Vélez, que no desaparece con calificativos como los glosados u otros semejantes, no es incompatible con el deseo de superar la filosofía del Código y de perfeccionar sus instituciones y normas, partiendo de la creencia en la evolución y el progreso del derecho.