

# SUPERVIVENCIA EN EL TIEMPO DE LAS LEYES ABROGADAS

Marcelo Urbano Salerno<sup>1</sup>

## I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Dictar leyes es una de las atribuciones del Poder Legislativo. En el ejercicio de esas atribuciones, puede sancionar un precepto innovador para cubrir los vacíos del orden jurídico, abrogar las normas existentes mediante una decisión específica, y sancionar otras en su reemplazo. El Congreso tiene una amplia potestad para fijar el momento a partir del cual regirá una disposición o no, y cuando perderá sus efectos. De modo que la supervivencia de una ley después de haber sido abrogada –como reza el título de este trabajo– requiere un análisis particular que depende de una variedad de factores. No obstante haber dejado de existir, las normas continúan vigentes proyectándose al presente, en la medida que fueran cumplidas en el pasado. Este tema será abordado en su sentido formal, tal como lo pregonan el positivismo, pues reviste interés para conocer la técnica aplicable en una pluralidad de supuestos que se presentan en la práctica.

Si bien la Constitución argentina no desarrolló una doctrina al respecto, su inteligencia está basada en los principios republicanos que le dan sustento. Por ello el Código Civil de 1871 traía un subtítulo preliminar sobre las leyes (arts. 1 a 22), y un título complementario acerca “de la aplicación de las leyes civiles” (arts. 4044 a 4051). Algo similar dispuso Andrés Bello en su obra cumbre, el Código Civil de Chile de 1855 (1), y además dicho país en el año 1861 dictó una “Ley sobre efecto retroactivo de las leyes”, de la que Argentina adolece. A fin de clarificar su aplicación, nuestro legislador previó en el Código Civil y Comercial de 2015 algunas directivas en materia de derecho privado para orientar al intérprete (arts. 4 a 8). Ahora la jurisprudencia y a la opinión de los autores deben ofrecer las soluciones apropiadas a los conflictos puntuales susceptibles de discusión en juicio relativas a las normas transitorias.

El “*ius commune*” no tiene virtualidad en el derecho criminal, rama atinente a los delitos tipificados y a las penalidades que padecerán las personas que los cometan. Entran a jugar otros axiomas de diferente índole, sobre la defensa en juicio y a la ley aplicable, según la garantía constitucional de que “nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. En esta rama el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 9º enuncia un principio opuesto, cual es la retroactividad de la ley, si ésta es más benigna a la que fuera aplicada a la persona que en una causa mereció ser condenada. Por esa razón este análisis omitirá tratar lo dispuesto en el Código Penal, pues excede el objeto en estudio.

Concebida como la manifestación de la voluntad soberana del legislador, la ley es la más copiosa de las fuentes del derecho (2). Uno de sus elementos es la oportunidad

---

<sup>1</sup> Miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina. Este trabajo corresponde a una exposición efectuada por el autor en un ciclo de conferencias organizado por el Doctor Martín Laclau en la Sección Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

en que su observancia será exigible a los habitantes del Estado. El tema se relaciona a dos reformas constitucionales introducidas por la Convención de 1994 al incorporar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, y la posibilidad que el Poder Legislativo delegue atribuciones transitoriamente a favor del Ejecutivo en forma puntual.

Acerca de la eficacia temporal de las normas residen algunos problemas objeto de las siguientes reflexiones.

Incumbe al legislador fijar la fecha en que comenzará a regir un precepto legal. Predomina el criterio que, cuando omite hacerlo en un caso concreto, habrá que atenerse a la regla enunciada genéricamente en el Código Civil y Comercial, la cual dispone su aplicación inmediata y en el futuro, aunque no debiera operar hacia el pasado, en virtud del postulado de la irretroactividad.

La legislación va cambiando a medida que transcurren los años, a fin de adecuarse a la realidad socio-económica imperante en el país. Obedece a la aceleración de la historia, los avances tecnológicos, y los fenómenos desafiantes para la convivencia pacífica (3) Incluso la Constitución, que se halla en la cúspide, puede ser reformada, según las circunstancias políticas, no obstante su rígida estructura (4). Lo mismo acontece con los Códigos, un cuerpo de preceptos sistematizados, los tratados internacionales, y demás estatutos legales. El orden jurídico no permanece inmóvil, tiene una dinámica propia que se va amoldando a las exigencias de cada época. Cuando se efectúa algún cambio, ese cambio puede llegar a desequilibrar el sistema, ya que a veces afecta la estabilidad del derecho, estabilidad que es una garantía para adoptar conductas previsibles.

Dado que de la ley nace el derecho escrito, su aplicación puede necesitar una interpretación de sus términos. Esa función hermenéutica está a cargo de la jurisprudencia uniforme de los tribunales de Justicia y de la doctrina de los autores, las que son fuentes complementarias. Existe también la posibilidad que el Congreso sancione normas interpretativas, para despejar dudas y formular aclaraciones. Sin embargo, lo común y corriente es delegar en los jueces la tarea de establecer el significado de las palabras utilizadas en un texto, librando las cuestiones específicas a la apreciación judicial, con ciertas restricciones para impedir a los magistrados que decidan legislar. Héctor Lafaille enseñaba los peligros de hacer del Juez un legislador, porque las normas juzgan con anterioridad al hecho y, por consiguiente, dejan de lado las pasiones (5). En principio, los jueces deciden las causas donde se cuestiona la validez de la normativa dictada por el Congreso, a fin de resguardar los derechos y garantías establecidos en la Constitución, efectuando el pertinente control de legitimidad.

## **II.- LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR**

Una definición del Código Civil de Chile, merece ser recordada por su buen estilo y precisión, la que se transcribe: “La ley es una declaración de voluntad que, manifestada en la forma prescripta por la Constitución, manda, prohíbe o permite” (art. 1º). En el régimen republicano gobierna la voluntad del legislador. De ahí que sea inaceptable la denominada omnipotencia legislativa, desde

que la sanción de las leyes tiene límites y restricciones institucionales, además del control judicial sobre su acatamiento a la Norma Suprema.

Los tres poderes del Estado se encuentran sujetos a un equilibrio de frenos y contrapesos para evitar el monopolio de la autoridad por uno solo de éstos. Se podría construir una Teoría del Estado que tuviere por fundamento la ley auténtica, entendida como la recta razón. Esa teoría sería incompleta sin el sustento del valor Justicia.

Sobre este tema Karl Larenz escribió: “Solo los fines, establecimiento de valores y decisiones fundamentales acordados en la intención reguladora o que de ella se siguen, sobre las que de hecho han tomado posición los participantes en el acto de la legislación, pueden ser denominados **voluntad del legislador**, que se realiza mediante la ley” (6). Este jurista alemán, asumió un criterio teleológico, y consideró determinante la finalidad tenida en cuenta al ser aprobada la norma.

El párrafo transcrito tiene actualidad. La Corte Suprema tiene dicho que la fuente inicial de la hermenéutica jurídica es el texto legal, debiendo éste ser interpretado conforme a la voluntad del legislador (Fallos 317:779). Avanzando en esa idea, el Alto Tribunal rescató efectuar la consulta de los antecedentes parlamentarios de una disposición a fin de esclarecer su sentido y alcance (Fallos 317:779). Pero a medida que transcurren los años, la ley se independiza de sus autores, adquiere vida propia después de ser sancionada, y resulta aplicarse a casos que no hubiesen sido previstos “ab initio”. Esta línea de pensamiento fue seguida por Lafaille (7) y también por Sebastián Soler, quien afirmó el dinamismo del orden jurídico proyectado hacia el futuro y sobre la realidad (8).

Varias son las cuestiones a considerar, las que ofrecen cierta complejidad. El Congreso es el que fija la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley, disponiendo que sea inmediata, en un día determinado, o subordinarla a condiciones para su aplicación. Así también fija el instante en que una disposición cesa de regir. En este último supuesto, el término preciso es “abrogar”, proveniente del latín “abrogatio”, sinónimo de anular y de suprimir. Ese supuesto se presenta cuando una ley posterior reemplaza a otra anterior sobre la misma materia, modificando la regulación efectuada. A veces suele emplearse el vocablo “derogar”, palabra que indica excluir del “ius commune” una norma en particular. En la legislación argentina ambas palabras tienen el mismo significado, pero es preferible utilizar la voz “abrogar” como lo indica el título de este trabajo.

A fin de abolir una ley, la técnica no es uniforme: puede manifestarse en forma expresa y hasta tácita, en este último caso obliga a forzar la interpretación. La fórmula que se utiliza a fin de extinguir la vigencia actual de un precepto puede cambiar según sean sus términos. Si fuese genérica derogará todas las disposiciones que se opongan a la nueva normativa, o las que la contradigan, de modo de cubrir alguna posible omisión. En otras ocasiones se puntualiza el artículo específico que se modificó.

El mayor problema que se suscita es cuando el legislador dispone que la ley será retroactiva, a lo cual se suma el tema central de esta exposición: si pueden continuar vigentes las leyes abrogadas en algunas hipótesis.

Tomaré a modo de ejemplo el Código Civil redactado por Vélez Sársfield . Entró en vigor mediante la sanción de la ley 340, la cual estableció que sería obligatoria su aplicación a partir del 1° de enero de 1871. Ese Código fue “derogado” por la ley 26.994 sancionada el 1° de octubre de 2014, y en forma simultanea quedó sin efecto al Código de Comercio En cuanto al novísimo Código Civil y Comercial de la Nación, dicha ley dispuso en su artículo 7° que ese “corpus”, entraría en vigencia el 1° de enero de 2016; más tarde la ley 27.077, sancionada el 16 de diciembre de 2014 dispuso anticipar la entrada en vigor del novísimo Código al día 1° de agosto de 2015. Así fue como después de más de ciento cincuenta años dejó de regir la obra de Vélez Sársfield, junto a las sucesivas reformas que la actualizaron. La sustitución de los códigos abrogados plantea el problema de si éstos seguirán rigiendo a los actos y hechos anteriores a la vigencia del actual ordenamiento unificado.

### **III.- EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD**

Ceñir la exposición a la legislación positiva significa también analizar el derecho argentino en el presente y en el pasado, lo cual comprende el período patrio, nacido después de la Revolución de Mayo, y el que surgió a raíz de la Organización Nacional de 1853. Resulta imprescindible hacer una descripción de cómo fue regulada en diferentes etapas de la historia la vigencia de las leyes, y sus efectos, en cada época respecto de las normas que fueron abrogadas. No es un asunto teórico, en cuanto es necesario para sustentar el principio de la continuidad del Estado argentino a lo largo de su existencia en la comunidad internacional de las naciones. Esa continuidad significa que el cambio de forma de gobierno, el tránsito de la monarquía virreinal a la república, es una relación sucesoria a lo largo de la historia del pueblo asentado en el territorio nacional. Después de la Independencia, se creó una nueva estructura jurídica, la que integra nuestro pasado jurídico. Los ideales revolucionarios de 1810 insuflaron un aire de libertad sobre el orden en vigor, dejando de aplicarse numerosas normas de la dominación hispánica, sin necesidad de derogarlas expresamente por ser incompatibles.

Viene a la memoria el Reglamento de 1811 que mandó “guardar la legislación peninsular e indiana”, es decir, el derecho castellano, impregnado de romanismo, más las numerosas disposiciones de carácter especial destinada al Virreinato. De ahí que el derecho privado continuó regido por dicha legislación, a la que se le sumaron las leyes de los gobiernos patrios, hasta que en 1871 comenzó a regir el Código Civil. Este último cuerpo se guió por el principio de exclusividad, a fin de abrogar toda la legislación anterior -derechos castellano, indiano y patrio- salvo que alguna de sus disposiciones hubiese sido receptada por el codificador (art. 22).

No se tiene certeza sobre la supervivencia del derecho de los pueblos aborígenes anteriores a la conquista y colonización. La

Recopilación de Leyes de Indias de 1680 disponía “que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios ...se guarden y executen”, razón por la cual se las consideró pertenecientes al derecho indiano (9). En el Río de la Plata nunca rigió entre las tribus que allí habitaban leyes escritas, porque sus relaciones se basaban en costumbres, y muy pocas de éstas fueron mantenidas en el período hispánico, a la llegada de los conquistadores, los pueblos de la región carecían de organización política sobre alguna porción determinada del territorio donde ejerciesen la soberanía, como la tuvieron los incas, los mayas y los aztecas. Como se verá después, todavía los descendientes de los pobladores primitivos plantean reivindicar las tierras que ocuparon sus ancestros.

Ese principio es una norma de clausura o de ruptura con el orden anterior, con repercusión en el ámbito cultural.

Sin embargo, es imposible borrar del todo al pasado. Los efectos firmes de la anterior legislación subsisten, a menos que hubiesen sido anulados por completo. No se puede impedir que esos efectos puedan seguir teniendo vigencia en casos futuros, como se podrá apreciar más adelante.

Esa ruptura con el orden anterior, en el que coexistían leyes de diversas épocas, sin responder a un plan orgánico, tuvo como antecedente lo acontecido en Francia a causa de la Revolución de 1789 que eliminó el Antiguo Régimen monárquico y absolutista, donde coexistieron una parte del territorio regida por el “droit coutumier” y la otra parte por el derecho romano. (10). La idea central de los revolucionarios franceses fue extinguir esa dualidad jurídica, e iniciar un nuevo período histórico de modo que se consideró indispensable borrar las leyes y costumbres imperantes en el ciclo de la monarquía. Por tal motivo, el 30 “ventoso” del año XII (31 de marzo de 1804) fue dictada una ley especial que reunió todas las disposiciones que habían sido aprobadas parcialmente en distintas fechas, las que pasaron a integrar el Código Civil (11). En su art. 7º dispuso: “Contando a partir del día que estas leyes sean ejecutorias, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos, cesan de tener fuerza de ley general o particular en las materias que son objeto de dichas leyes que componen el presente Código” (12).

#### IV.- EL PRINCIPIO GENERAL DE LA IRRETROACTIVIDAD

La vigencia de la ley en el tiempo requiere examinar los efectos que se operan sobre un sistema jurídico cuando el legislador incorpora una nueva disposición al ordenamiento. Es una cuestión que suscita interés teórico y práctico, a fin de aplicar la norma adecuada a un caso concreto. Innovar no es sencillo, pues exige precaución, respeto a las pautas técnicas, para poder guiar al intérprete si surge un problema en el **período de transición** del régimen antiguo reemplazado por un nuevo orden.

Luego de haberse introducido una reforma, le cabe a la jurisprudencia fijar los criterios de cómo se habrán de aplicar las modificaciones que se hubiesen efectuado y ejercer sobre éstas el control de constitucionalidad.

Después vendrán los comentarios de los autores, a fin de analizar las concordancias con otras disposiciones vigentes y hacer una tarea de sistematización. Mediante esos aportes se irán afinando las ideas en torno al nuevo texto en el intento de establecer cómo habrá de ser puesto en funciones del punto de vista temporal.

En el derecho privado rige el enunciado de que las leyes rigen de inmediato, después de ser promulgadas y publicadas, y dispone para el futuro (13). Esta fórmula tiene su origen en el Código francés, cuyo art. 2º negaba la posibilidad de un efecto retroactivo. Argentina, Chile, España, Italia y Uruguay, entre otras naciones, siguieron esa línea. Brasil estampó ese principio en la Constitución de 1998 disponiendo que la ley no afectará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada, el que es reiterado en el Código Civil del año 2002.

La teoría de la irretroactividad está incorporada al novísimo Código Civil y Comercial. Su antecedente se encuentra en la ley 17.711 sancionada en el año 1968, siguiendo el pensamiento de uno de sus autores, Guillermo Borda, inspirado en Roubier, autor francés que escribió una obra sobre el tema en 1929. Borda, no compartió la noción de derechos adquiridos, y por ello empleó el término situación jurídica a fin de establecer el modo de aplicar la vigencia de una ley, ese término puede ser utilizado en sentido objetivo o en sentido subjetivo. Originó un debate en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil del año 1961, donde encontró la adhesión a sus ideas sobre la temporalidad, confrontando con Llambías (14).

Valga aclarar que en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en la ciudad de Córdoba en el año 1969, los profesores participantes en la Comisión respectiva no lograron sumas opiniones favorables sobre el texto aprobado por la ley 17.711. La mayoría de los asistentes propusieron mantener el art. 3º del Código Civil de 1871, existió una ponencia en el sentido que debería darse primacía al efecto inmediato y general de la ley, además se recomendó establecer pautas genéricas sobre derecho transitorio (15).

El actual art. 7º del novísimo Código Civil y Comercial recibió el pensamiento de Borda, en los siguientes términos: “Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario”.

Además, dice que la retroactividad establecida por ley no puede afectar derechos amparados mediante garantías constitucionales, aunque, admite la posibilidad que se dicten normas retroactivas. Vale decir, reitera no mencionar a los “derechos adquiridos”, expresión que aún menciona el legislador (ley 23.928, art. 13). Al comienzo de ese artículo se lee: las leyes, a partir de su vigencia, se aplican a las “consecuencias” de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (16). Se justifica recordar entonces que el art. 965 declara: “Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante” Más adelante será abordado el tema de la vigencia de las leyes supletorias de los contratos (cap. V nº 1).

Julio César Rivera ha efectuado un minucioso estudio del tema, dada su complejidad, respecto de cómo atribuir a una nueva ley –en el supuesto bajo análisis el Código Civil y Comercial de 2015- el mayor campo de aplicación (17). Sostiene el autor que en este supuesto estarían enfrentados dos valores: la seguridad jurídica, por un lado, y por el otro el relativo a la Justicia. Considera que ese Código se basa en dos principios: 1) la irretroactividad de la ley; 2) el efecto

inmediato, con los límites de las garantías constitucionales. No obstante afirma que esos principios no se encuentran suficientemente explicitados, objeta haber incluido la palabra “consecuencias”, y destaca que ese ordenamiento trae además algunas reglas de derecho transitorio. Uno de los problemas que plantea es el caso de los juicios en trámite iniciados antes del 1º. de agosto de 2015, en los cuales según su parecer se afectaría el derecho a la defensa de cada parte del proceso si llegase a aplicar la nueva.

ley.

Sobre las leyes retroactivas, de las cuales se ha hecho uso y abuso en las últimas décadas signadas para enfrentar ciclos de emergencia económica, las críticas han sido frecuentes por los autores, aunque no así por la jurisprudencia. En realidad, el tema se refiere a la legislación de fondo. Por tanto, se debe tener en cuenta que este principio de irretroactividad reconoce excepciones, como ser las leyes de orden público y las imperativas. Como así también las que tengan por objeto hacer aclaraciones, sentar criterios interpretativos, y declarar el sentido de alguna norma en particular.

## V.- CASOS DIVERSOS

Creo ser de interés abordar algunos asuntos en particular, relativos al novísimo Código Civil y Comercial citado de 2015. Los artículos que se citarán sin especificar su origen pertenecen a dicho “corpus”:

**1.- Las leyes supletorias de los contratos.** A fin de que un contrato escrito sea valido debe reunir todos los elementos esenciales, sin perjuicio que las partes acuerden cláusulas especiales para regularlo. Ese acuerdo de voluntades tiene fuerza vinculante y opera como si fuese una ley, siempre que no transgreda el orden público y las buenas costumbres. Incluso se admite la validez de un trato en el cual se hubiese pactado como ley supletoria a la legislación extranjera, lo cual es común en los contratos internacionales. Cuando los celebrantes no hubiesen previsto una cláusula especial sobre un “item” en particular, el contrato se integrará con el régimen legal fijado en forma supletoria por el Código, el cual no es imperativo. De ahí que a los fines hermenéuticos exista un orden legal de prelación, el que en último término remite a las normas supletorias del “corpus iuris” (18). Es aquí donde surge el interrogante sobre la aplicación de normas abrogadas o de las nuevas disposiciones, vale decir, si la ley supletoria vigente se aplica a los contratos en curso de ejecución.

Esa inquietud no ofrece ninguna duda cuando las prestaciones del contrato han sido cumplidas según lo acordado; los actos están consumados. Pero pueden estar pendientes de ejecución, contratos a plazo celebrados con anterioridad al 1 de agosto de 2015. Guillermo L. Allende sostenía que el derecho mismo se rige por la ley bajo cuyo imperio nació y su ejercicio se va regulando conforme a las leyes que rigen al tiempo en que se practican los actos (19). La Corte Suprema admite respetar las modificaciones introducidas por los nuevos preceptos en tanto configuren “circunstancias de las que no es posible prescindir” (Fallos 339:349). Sin embargo, como las leyes supletorias existentes a la formación del contrato fueron las que determinaron a las partes a celebrar su contrato, el cambio de normativa podría afectar sus derechos, porque se estaría aplicando otro régimen jurídico en forma retroactiva.

2.- **Personas Jurídicas.** Su existencia comienza a partir del día de su constitución (art. 142), y se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia por las leyes y ordenamientos de su constitución (art. 147). Respecto a las leyes aplicables, el art. 150 dispone en su inciso b) que se rigen por las normas del acto constitutivo, de modo que se aplican normas abrogadas. Un supuesto especial se refiere a las sociedades civiles, cuya regulación no existe en la actualidad, aunque son entes que subsisten por haber sido constitutivos cuando regía el Código de 1871. Hay también una referencia a como inciden las leyes imperativas.

Ha llamado la atención que se hayan suprimido en el novísimo Código a las sociedades civiles, numerosas de las cuales han tenido por objeto actividades agropecuarias. Su aceptación generalizada –también en el ámbito de las profesiones universitarias- se debió a que no debían anotarse en el Inspección General de Justicia. No se previó un régimen transitorio para que se las convierta en sociedades colectivas reguladas por la ley 19.550. De manera que bien puede sostenerse que las sociedades civiles constituidas antes del 1 de agosto de 2015, se les seguirá aplicando el régimen jurídico del antiguo Código de 1871, el que sobrevive en este caso puntual.

Sobre las sociedades en comandita por acciones, la ley 19.550, denominada de “sociedades comerciales”, ha sido incorporada al novísimo Código Civil y Comercial. Esa ley, en su capítulo IV se refiere a “las disposiciones de aplicación y transitorias”. Los arts. 386 y 387 han sido modificados por la ley 19.880, el último de los cuales dispone que se adecuen las sociedades en comandita por acciones sin individualización de los socios comanditarios podrán subsanar dicho vicio mediante una escritura pública de confirmación.

3.- **Conjuntos inmobiliarios.** El art. 2075 dispone que los conjuntos inmobiliarios que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este moderno real. Esta norma sería retroactiva según Kemmelmajer de Carlucci, criterio difícil de implementar en la práctica, ya que se abre la posibilidad de acreditar ante las autoridades administrativas, o en sede judicial, que esa regulación es impracticable en ciertas hipótesis.

4.- **Plazos de prescripción.** Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. (art. 2537). Este tema es arduo y complejo, como se advirtió con el antiguo art. 4051 del Código de Vélez, inspirado en el Código Italiano de 1865 con marcada influencia francesa; solo tuvo vigencia para los derechos transitorios. Bustamante Alsina sostuvo que era una norma temporaria, de derecho transitorio, para regir solamente las prescripciones iniciadas bajo el derecho patrio y según las leyes españolas, las cuales se hallaban en curso al entrar en vigencia el Código Civil el 1º de enero de 1871”.Y agregó “las prescripciones cumplidas son definitivas”(20). El mencionado catedrático opinó que después de ser sancionada la ley 17.711 el nuevo plazo de usucapión de veinte años regía de inmediato.

La ley 17.940, aclaró la reforma del año 1968, cubriendo el supuesto de un plazo incompleto al 30 de junio de 1970, pero que hubiese cumplido un plazo más breve establecido por ley posterior.

El Código actual distingue dos supuestos: 1) si la ley antigua fijase un mayor tiempo que el fijado por la nueva normativa, ese plazo se cumple una vez transcurrido el tiempo designado en la ley nueva; 2) si el plazo fijado por la ley antigua finaliza antes que el nuevo plazo, se mantiene el de la ley anterior. En la usucapión algún tribunal aplicó en forma inmediata las normas del novísimo cuerpo.

## 5.- **Tratados Internacionales**

Acerca de los tratados internacionales –leyes con jerarquía constitucional-, su vigencia no solo depende de la fecha establecida en el texto de la convención, sino de los trámites protocolares ulteriores a su celebración, puesto que deben ser ratificados por los estados signatarios, y las respectivas cancillerías tienen que efectuar el depósito de estilo (21). No obstante ello, aunque estuviesen cumplidas todas las formalidades propias de cada acuerdo, se puede llegar a plantear la posibilidad de aplicarlos a actos y hechos anteriores, según las circunstancias. En estos últimos casos, se presentan hipótesis de derecho intemporal; a modo de ejemplo, al suscitarse cuestiones “relativas al estatus de determinados territorios, como consecuencia de diferencias en cuanto al sistema jurídico aplicable, *ratione temporis*, a esos territorios” (22).

Gros Espiel ha brindado una síntesis del criterio aceptado por la comunidad de las naciones después de haberse eliminado el colonialismo en el siglo XX, al ser considerado un crimen internacional. En su opinión, el desarrollo de ese criterio debe ser analizado a través de la jurisprudencia existente. Este renombrado jurista uruguayo arribó a la conclusión que el colonialismo hoy día es un acto ilícito y “si se ha traducido en el pasado en la adquisición colonial de territorios, no puede manifestarse en el presente en el mantenimiento de soberanía sobre esos mismos territorios” (23).

Este tema merece un análisis más profundo, pero dados los límites de espacio, resultará muy edificante ampliarlo respecto de cuestiones pendientes acerca de la soberanía argentina en las islas del Atlántico Sur (primera disposición transitoria de la Constitución Nacional).

## 6.- **Capellanías**

Antes de la sanción del Código de 1871, los inmuebles podían ser afectados a una capellanía en forma perpetua, la cual tenía por objeto solventar con el producido de su renta la celebración de misas o beneficiar a ciertas personas consagradas al servicio de la Religión Católica. El modo habitual de constituir una capellanía era mediante testamento a fin de vincular el bien afectado a la finalidad prevista por el testador, independientemente de que el dominio fuese transmitido a terceros. Su naturaleza jurídica equivalía a un derecho real.

Vélez Sársfield proyectó estructurar las relaciones civiles en dos sectores: los derechos personales y los derechos reales. Estos últimos los agrupó en un número limitado, según el aforismo “*numerus clausus*”, eliminando una serie de figuras antiguas, entre las cuales figuraban las capellanías (arts. 2345, 2503 y 2614). No obstante ello, omitió tratar las capellanías preexistentes, de manera que se planteó el cuestión de si continuaban en vigor, si habían sido redimidas, y si debían ajustarse a las nuevas normas. La jurisprudencia debió abordar los planteos que fueron llevados a los tribunales, inclinándose por el principio de la irretroactividad, a punto que para la jurisdicción de la Capital Federal, y territorios nacionales, se dictó la ley 4124 de redención de las capellanías allí establecidas (24).

### **7.- Reclamo de tierras por pueblos aborígenes**

Tiene plena actualidad la pretensión de pueblos de aborígenes originarios reclamando la propiedad sobre tierras cuya pertenencia se atribuyen, las que son del dominio público en la mayoría de los casos. Esos pueblos invocan el art. 18 Constitución Nacional, ya que esa disposición les reconoce su carácter de poseedores respecto de áreas que ocupan desde tiempo inmemorial. En este caso no se aplica la costumbre de los indígenas como fuente de ese derecho; el tema es materia de investigación por la ciencia antropológica.

La ley 26.994, que puso en vigencia el novísimo Código, en su artículo 9º, bajo el epígrafe “*normas transitorias*”, entre otras leyes expresa que se dictará un estatuto especial sobre la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, a fin de reiterar la cláusula del art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional incorporada en el año 1994.

Del punto de vista histórico esa propiedad comunitaria, regulada por el derecho indiano, hace referencia al “*ayllú*” y a los bienes colectivos afectados a las “*Cajas de Censos y Bienes de Comunidad*” en ciertas poblaciones. Hacia fines del siglo XVIII, en el Río de la Plata esas instituciones indianas entraron en decadencia, y el Virrey Avilés declaró que era necesario abolir ese régimen comunitario, a punto tal que en el año 1800 se restituyó la propiedad individual a más de 300 familias indígenas (25).

A la época de la Revolución de Mayo, ya se habían abolido esos regímenes especiales, testimonio de la transición operada en el sistema jurídico hacia una concepción individualista del derecho de propiedad. Algunos reclamos llegaron a la instancia superior de la Corte Suprema, la cual en el año 1929 se pronunció en el sentido que un pueblo aborígen solo tenía el uso de las tierras que ocupaba, no así el dominio (Fallos 155:313). Con anterioridad, con motivo de la pretensión ejercida de reivindicar los territorios de Cochinoca y Casabindo en la Provincia de Jujuy, ejercida por los sucesores de un encomendero, la Corte que la posesión de la tierra pertenecía a los indios encomendados, y el dominio directo a la Corona, argumentos, en que se basó para rechazar esa acción (Fallos 19:29/40).

En el año 1985 el Congreso dictó la ley 23.302 sobre “*política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes*”; el capítulo IV trata acerca de la adjudicación de las tierras en propiedad. Posteriormente la Argentina, mediante la ley 24.071, ratificó su adhesión al Convenio 169 de la Organización

Internacional del Trabajo relativa a “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (26).

Del punto de vista social, y dado que los pueblos originarios son una realidad que no se puede desconocer, el legislador ha dictado normas específicas, dado que el derecho indígena dejó de existir, y las costumbres de los aborígenes no tienen vigencia.

#### **8.- Acciones imprescriptibles**

El ordenamiento dispone de ciertas medidas a fin de asegurar la vigencia de los valores en que se sustenta, los cuales enuncia en forma de principios. Entre esas medidas tutelares, se encuentran las acciones imprescriptibles, vale decir perpetuas, relativas al ejercicio de algunos derechos personales, reales y de familia, los que son excepcionales.

Cuando una acción es imprescriptible, surge la aplicación de una ley anterior abrogada, siempre que con anterioridad esa acción hubiese sido regulada en forma específica.

En el antiguo Código de 1871 el art. 4019 traía un enunciado genérico que en su encabezamiento decía: “Todas las acciones son prescriptibles”, salvo excepciones. El novísimo Código en cambio suprimió ese texto y modificó la técnica del siguiente modo: en cada caso que se trata de una acción imprescriptible lo dice expresamente. Citaré los supuestos en que practica esa calificación: acción declarativa de una nulidad absoluta (art. 387); acción de filiación (art.576); acciones de estado de familia (art. 712); acción de división de condominio (art. 1997), acción de servidumbre forzosa (art. 2166); acciones reales (art. 2247); petición de herencia (art.2311), partición de herencia (art. 2368).

El novísimo Código tiene el acierto de haber declarado imprescriptible la acción que tuviere por objeto declarar la nulidad absoluta de un acto jurídico, de manera que siguió la recomendación que efectuaron las Sextas Jornadas de Derecho Civil que sesionaron en la ciudad de Santa Fe el año 1977. Si el acto impugnado adolece de un vicio a la fecha en que es otorgado que lo invalida por ser antijurídico, y contrario a la moral y las buenas costumbres, el transcurso del tiempo no purga el vicio (Fallos 179:249) (27).

No obstante la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia dictada en un proceso después que se encuentre firme, se registran en los repertorios de jurisprudencia casos en que fue declarada la nulidad del fallo. La razón invocada es que se habría dictado una sentencia írrita por estar viciada de irregularidades cometidas mediante maniobras fraudulentas. De ahí que la Corte Suprema admitiera que la acción autónoma de nulidad es procedente cuando el decisorio impugnado es un “remedio de juicio con agravio a las garantías de propiedad y la defensa” (Fallos 279:54, con cita de Fallos 238:18 y 254:320)

Es ponderable que el novísimo “corpus” haya declarado imprescriptible a la acción reivindicatoria de un inmueble. Esa acción es corriente en nuestro país cuando la persona que pretende ejercer dicha acción tiene un

título de propiedad anterior al año 1871, título que pudo haber sido conferido por el derecho indiano y ser perfecto en cuanto a las formalidades exigidas en el pasado. Son numerosos los casos de jurisprudencia donde la acción prosperó cuando el inmueble estaba libre de ocupantes. Se encuentra excluida la reivindicación de los bienes públicos del Estado, ya que son “inenajenables, inembargables e imprescriptibles” (art. 237).

## VI.- RECAPITULACIÓN

A esta altura de la exposición, parece propio recordar un trabajo de Ciuro Caldani donde señaló la complejidad de esta cuestión (28). Este autor expresa que se debe diferenciar el ámbito temporal activo de las normas, referido a su vigencia, del ámbito temporal pasivo, cuando deben haber ocurrido los casos para que esas normas sean aplicadas. Sostiene la existencia de supuestos donde una ley posee ultractividad respecto del pasado. De ese tema trata el presente ensayo donde se puntualizan supuestos en que la ley abrogada continúa perdurando.

Los desarrollos anteriores, permiten afirmar que las leyes pueden seguir rigiendo, pese a haber sido dejadas sin efecto; tienen supervivencia en tiempo pretérito. Son casos de excepción que contemplan solucionar conflictos sobre la base del valor Justicia a fin de evitar que se frustren derechos subjetivos acordados. El ordenamiento jurídico de un Estado respeta la validez de los actos realizados según la legislación de la época en que tuvieron lugar. Conforme Messineo ello es una exigencia de estabilidad de las relaciones jurídicas ya establecidas o constituidas (29).

No puede sorprender que los tribunales a veces deban resolver conflictos aplicando leyes remotas que son invocadas en juicio para dar legitimidad a una determinada pretensión durante la transición entre un Código antiguo y otro Código novísimo que lo sustituye. Pueden coexistir dos regímenes, es posible que se de una dualidad en la legislación, cuando las normas abrogadas conviven con las nuevas que las reemplazan.

En cada uno de los supuestos que han sido examinados se advierte algo en común. La ley tiene una dimensión temporal y según fuese el período de su vigencia, se la debe aplicar en beneficio del justiciable que defiende la integridad de su patrimonio. Evidentemente son marginadas ciertas reglas que estructuran al sistema para darle consistencia y coherencia. Se trata de aplicar preceptos que causaron efectos en el pasado, cuando formalmente estaban vigentes y eran conformes a derecho, sin transgredir el principio de irretroactividad de la ley. Son los jueces quienes en definitiva deberán pronunciarse sobre esta delicada fenomenológica, y por ese motivo, tendrán que hacer una investigación histórica.

### Notas

(1) GUZMÁN BRITO Alejandro, “Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil Chileno-Colombiano” edit. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2009, págs. 53/54 y 81/82.

(2) Una fuente del derecho que mantiene aplicación es la costumbre, sobre todo en la rama mercantil. No perdió vigencia en el actual ordenamiento y

a veces se invoca para cubrir vacíos que el legislador omitió regular. Requiere haber sido obedecida durante un lapso prolongado para ser normativa. Carece de fuerza abrogatoria de los preceptos legales, aun cuando éstos no se respeten; recibe el nombre de “desuetudo”. DÍAZ COUSELO José María, “La costumbre en la evolución del derecho argentino”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado, n° 27, año 2007, págs. 139/164, donde se analiza esta fuente desde la perspectiva del derecho civil.

(3) TAU ANZOÁTEGUI Víctor, “La ley en América Hispana. Del descubrimiento a la emancipación”, edit. Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pág. 61; afirma que históricamente “la ley debía ser acomodada al tiempo” y cita opiniones de autoridad en torno al “dinamismo legislativo”

(4) TAU ANZOÁTEGUI Víctor, opus cit, pág. 435 sostiene que “la instauración del régimen republicano transformó el enfoque del antiguo derecho en muchos aspectos, pero mantuvo –y aún acrecentó- la majestad de la ley, como norma suprema. La creciente omnipotencia de la ley llevó a reconocerla entonces como fuente exclusiva del derecho”. JESTAZ Philippe y JAMIN Christophe, “La doctrine”, edit. Dalloz, París, 2004, págs. 122 y sigs.; estos autores concluyen que en el siglo XIX impera la ley en todas las relaciones jurídicas, con el predominio de la escuela exegética, pero va declinando su autoridad a causa de la doctrina y la jurisprudencia, destacan que Henri Capitant fue uno de los primeros profesores en desarrollar otras fuentes extranormativas del derecho.

(5) ALSINA ATIENZA Dalmiro A., “El respeto a la ley en el pensamiento jurídico de Héctor Lafaille”, “Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille”, edit. Depalma, Buenos Aires, 1968, pág. 3. El autor recuerda palabras de Lafaille sobre los peligros de hacer del juez un legislador, porque la ley juzga con anterioridad al hecho, y, por consiguiente está alejada de las pasiones. Una excepción en el derecho comparado es el Código Civil suizo de 1907 que en su art. 1ª, en caso de existir una laguna de la ley, atribuye al Juez poder resolver un caso según las reglas que establecería si actuase como legislador”.

(6) LARENZ Karl, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, edit. Ariel, Barcelona, 1980, pág. 326.

(7) LAFAILLE Héctor, “Apuntes de Derecho Civil”, compilados por sus alumnos Eduardo B. Busso y Horacio A. Morixe, Buenos Aires, 1921. El maestro enseñó: “Seguiremos el método racional implantado por la escuela histórica, desarrollado por Savigny y claramente expuesto por Capitant” (pág. 3). Y agregaba “El concepto de que la ley es la razón escrita, anquilosa el derecho” (pág. 37). SALERNO Marcelo Urbano “Aporte de Héctor Lafaille a la enseñanza del derecho civil”, en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1974, pág. 202.

(8) SOLER Sebastián, “La interpretación de la ley”, edit. Ariel, Barcelona, 1962, pág. 104, escribió “con la sanción de las leyes se produce un desprendimiento que las independiza de los lazos psicológicos que las unía al pasado, para entrar dentro de un orden jurídico dotado de un dinamismo propio”.

(9) ZORRAQUÍN BECU Ricardo, “Historia del Derecho Argentino”, edit. Perrot, Buenos Aires, 1966 n° 89, pág. 232.

(10) SALERNO Marcelo Urbano, “La influencia del droit coutumier”, “La codificación: raíces y perspectiva. El Código Napoleón”, edit. Universidad

Católica Argentina, Buenos Aires. 2003, págs. 147/155. SALERNO Marcelo Urbano, “La Revolución en el derecho francés”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado, n° 9, año 1989, págs. 321/333.

(11) AUBRY C. y RAU C., “Cours de Droit Civil Francais”, París 1857, 3°

ed., tomo I, n° 10, pág. 16, y n° 14, pág. 20.

(12) CABRILLAC Remy, “La génesis de un Código entre ruptura y continuidad”, “Sesquicentenario del Código de Andrés Bello”, edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005, tomo I, pág. 36.

(13) ARECO Juan Segundo, “La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos”, Buenos Aires, 1948.

(14) UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil”, Córdoba, 1962, tomo I, págs. 68/91.

(15) UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, “Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Celebración del Centenario del Código Civil”, Córdoba 1971, tomo I, págs. 314/358.

(16) Vélez Sársfield, al redactar los arts. 903 al 906 del Código Civil de 1871, utilizó la palabra “consecuencia” para referirse a la causalidad de los hechos reprobados por las leyes; por tanto, se debió emplear el vocablo “efectos”

(17) RIVERA Julio César, “Políticas legislativa y judicial en materia de derecho transitorio”, en Revista Código Civil y Comercial, año III, n° 1, febrero 2017, págs. 149/178. BUDANO ROIG Antonio R., “Efectos de la ley con relación al tiempo”, “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, edit. UCA – El Derecho, Buenos Aires, 2012, págs. 93/96.

(18) ALTERINI Atilio Aníbal, “Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general”, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 55.

(19) ALLENDE Guillermo L., “Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil”, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 67.

(20) BUSTAMANTE ALSINA Jorge, “Responsabilidad civil y otros estudios”, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 1984..

(21) VANOSSI Jorge Reinaldo A. y DALLA VIA Alberto Ricardo, “Régimen constitucional de los tratados”, 2ª. ed, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 139/141.

(22) GROS ESPIEL Héctor, “La irretroactividad de los tratados”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. “Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento”, Córdoba, tomo V, pág. 127.

(23) GROS ESPIEL Héctor, artículo citado pág. 128.

(24) LEVAGGI Abelardo, “Las capellanías en la Argentina”, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales” U.B.A., Buenos Aires, 1992, págs. 21/22.

(25) SALERNO Marcelo Urbano, “Cajas de Censos y Bienes de Comunidad. Evolución Histórica en el Río de la Plata”, Actas y Estudios, II Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, edit. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1973, págs. 869/891.

(26) LEVAGGI Abelardo, “Tratamiento legal y jurisprudencial del aborígen en la Argentina durante el siglo XIX”, en “El aborígen y el derecho en

el pasado y el presente, edit. Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1990, págs. 245/284. PIGNOCCHI José Luis, “El derecho y la justicia ante el desafío tras cultural” y STURZENEGGER-BENOIS Ofina “Los indígenas de América. Entre derechos colectivos y derechos humanos”, en Instituto de Investigación y Desarrollo, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, págs. 7/17 y págs. 47/65, respectivamente.

(27) SALERNO Marcelo Urbano, “Prescripción y caducidad”, edit. La Ley, Buenos Aires, 2002, págs. 8/16.

(28) CIURO CALDANI Miguel Ángel, “La retroactividad de la ley en la complejidad del derecho”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil” Córdoba, 2009, tomo I, pág. 134.

(29) MESSINEO Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”, edit. Ejea, Buenos Aires, 1971, tomo I, n° 3, pág. 89.