

Historia ³, y SAVATIER ⁴ -en páginas brillantes- describe el modo en que estos cambios acelerados transforman totalmente el panorama de la vida social en lapsos inferiores a la duración de la vida humana, e inciden sobre la tarea del jurista y del legislador.

Mientras los viejos códigos civiles decimonónicos han mantenido su vigencia a lo largo de un siglo, aproximadamente, vemos ahora que normas sancionadas hace solamente veinticinco o treinta años están ya desactualizadas porque no armonizan con las nuevas necesidades que generan los cambios ocurridos en ese breve período, en el cual el hombre ha llegado a dominar la energía atómica, lanzarse a la conquista del espacio, transformar fundamentalmente las comunicaciones con el empleo de satélites artificiales.

b) Importancia del "Derecho que es".

Los juristas, ni los legisladores, pueden despreocuparse de estas transformaciones que el acontecer histórico introduce en los modos de vida; las normas legales que ellos consagran, interpretan y comentan, serían letra muerta si no recogiesen esos cambios para dar las soluciones jurídicas que requieren las nuevas necesidades de vida.

El nuevo Derecho no puede dejar de lado las imperiosas exigencias de la realidad económica, del dirigismo estatal, de la automatización y la cibernética, de la formación de comunidades internacionales, del aprovechamiento y redistribución de los recursos naturales ⁵.

Además, la propia experiencia histórica nos demuestra que la normativa jurídica jamás permaneció inmutable, sino que se ha ido transformando para adaptarse a los cambios sociales; el más cabal ejemplo de este aserto es el Derecho romano, que desde la Ley de las XII Tablas, hasta la compilación justiniana, es una magna obra en

³. Ver Daniel HALEVY: **Essai sur l'accélération de l'Histoire.**

⁴. René SAVATIER: **Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui.** París, Dalloz, 1964, 1ª serie, p. 3 y ss., 3ª ed.

⁵. Ver factores que determinan la obsolescencia de la Ley en derecho de aguas, en Joaquín LÓPEZ (obra citada en nota 2, p. 133).

evolución constante; posteriormente, desde el redescubrimiento del Digesto en el medioevo, hasta la pandectística alemana, prosiguió sin cesar su transformación, para adaptarse a cada época, a punto tal que la obra clásica de SAVIGNY ha podido denominarse, en el siglo XIX, "Sistema de Derecho romano actual".

Pero el cambio jurídico no es una consecuencia automática del cambio social ⁶, sino que tiene sus propios mecanismos de transformación. Primero se advierte ese cambio en la vida jurídica espontánea: usos y costumbres se adaptan a las nuevas condiciones sociales; nacen formas contractuales atípicas; se buscan nuevos medios de garantía o documentación etc. A medida que se ensancha la brecha entre los dispositivos de la ley y la realidad social, vemos entrar en funcionamiento otros de los mecanismos del cambio jurídico: el intérprete brinda entonces nuevas doctrinas que procuran armonizar los viejos textos con las necesidades actuales, y a este resultado confluyen la elaboración de los teóricos y las sentencias de los magistrados ⁷. Finalmente, el legislador interviene y brinda nuevas normas, procurando que la solución legal coincida con el "Derecho que es", es decir, con la total realidad el sistema jurídico vigente.

c) La prudencia en los cambios legislativos.

Pero el cambio legal no solamente persigue como fin adaptar los viejos textos a las actuales condiciones de vida, sino que, a veces, pretende encauzar e, incluso, provocar el cambio social.

A menudo suele, entonces, escucharse un llamado a la

⁶. Luis DIEZ PICAZO: **Experiencias jurídicas y teoría del Derecho**. Ed. Ariel, Barcelona, 1973, p. 303.

⁷. Hoy, en nuestra patria, es notorio que vivimos esta etapa del fenómeno en materia de obligaciones dinerarias. Primero las partes procuraron corregir los efectos de la inflación por medio de cláusulas contractuales de estabilización; luego importantes sectores de la teoría han negado la vigencia del principio nominalista: después estas doctrinas encontraron eco en numerosos Tribunales y se reflejan en sus fallos.

En la actualidad se ha retornado al nominalismo, a partir de abril de 1991, en virtud de lo dispuesto por la denominada Ley de Convertibilidad.

"prudencia" en los cambios ⁸, que compartimos, pues el legislador no debe dejarse deslumbrar por el atractivo engañoso de las novedades, ni puede alimentar la vana pretensión que cualquier norma que sancione logrará consagrarse como imperativo de conducta, pues difícilmente obtendrá ese propósito si la norma no está de acuerdo con la naturaleza de las cosas, o con la idiosincrasia del grupo social ⁹. En tal sentido, baste recordar como ejemplo las dificultades con que ha tropezado el trasplante global de Derechos europeos a la moderna Turquía, intentado por Mustafá Kemal Atatürk ¹⁰.

Pero **prudencia** no debe confundirse con **quietismo**, sino que -como bien lo señala DIEZ PICAZO ¹¹- "es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin". De manera tal que a veces lo prudente es efectuar a tiempo los cambios legales para evitar que se acentúen injusticias flagrantes, que generan tensiones sociales crecientes y pueden conducir a la revolución y al caos ¹². Incluso, es menester destacar que pensar que puede lograrse un orden social más justo que el consagrado por el Derecho positivo, que se encuentra en el Derecho natural, no es un factor de inmutabilidad; antes al

⁸. Podemos recordar una frase de Erasmo de Rotterdam, cuando en la "Educación del Príncipe Cristiano" sostenía que: "Así como en las enfermedades no deben ensayarse nuevos remedios si con los viejos se puede corregir el mal, así tampoco han de darse nuevas leyes si las antiguas suministran algún recurso con que puedan curar los males de la República" (citado por José María Castán Vázquez en "Las leyes y su reforma, según Erasmo y Vives", en Estudios en Homenaje del Prof. José Cortés Grau, Valencia, 1977, p. 84).

⁹ Joaquín LÓPEZ: Obra citada en nota 2, p. 135 y ss., y notas 9 y 14 a 22.

¹⁰. Ver Halid Kemal ELBIR: **Difficultés soulevées par l'application du Code Civil Suisse en Turquie**, "Rev. Internationale de Droit Comparé". París, 1959; y **La réforme d'un Code Civil adopté de l'étranger**, 1956, p. 53-64; Luis MOISSET de ESPANÉS: **Notas sobre el Derecho Civil turco**. Córdoba, Bol. Fac. de Der. y C. Sociales, año XXXV, 1971, p. 311-329.

¹¹ Luis DIEZ PICAZO, Luis: Obra citada en nota 6, p. 304.

¹². Will DURANT: **Nuestra herencia oriental**. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, p. 43; y Luis MOISSET DE ESPANÉS: **La lesión en los actos jurídicos**, Imp. Univ. Nacional. Córdoba, 1964, Prefacio, n° 3, p. 14-5

contrario, la historia demuestra que esta búsqueda de justicia resulta un motor del cambio jurídico ¹³.

II. IMPORTANCIA DEL RÉGIMEN TRANSITORIO

a) Adaptarse rápidamente al cambio.

El legislador, al sancionar nuevas normas, lo hace basado en la creencia que contempla de manera más justa la realidad social, y mejora el ordenamiento jurídico, lo que apareja una pretensión de inmediata sustitución del antiguo Derecho y puede llevar a aplicar la nueva ley a todas las situaciones jurídicas pendientes, tanto en los que se vincula con sus efectos o consecuencias, o a juzgar con una vara distinta situaciones que se amparaban legítimamente en la ley que estaba en vigor en el momento de su nacimiento.

Nosotros afirmamos la necesidad de una rápida adaptación al nuevo sistema, pero la transición no puede ser tan brusca que vulnere la seguridad jurídica; ello exigirá que se apliquen los viejos dispositivos, al menos para juzgar la validez de las situaciones que se forjaron al amparo de la ley anterior. como bien señala Federico de CASTRO, "la cuestión tiene un evidente matiz político; unos proclaman la necesidad de no detener el progreso y otros protestan y se defienden contra el trastorno de las innovaciones. Casi todas las tendencias políticas han afirmado, en un momento, el respeto de los derechos adquiridos y han aceptado como un dogma el principio de la irretroactividad de las leyes... Pero también cada partido, llegado al Poder, procura suprimir todo freno impuesto a la potestad legislativa" ¹⁴.

Creemos, sin embargo, que no son inútiles los esfuerzos de los juristas, que han procurado deslindar científicamente el problema ¹⁵, y establecer reglas generales de Derecho transitorio, que hagan posible en la práctica el anhelo del legislador de obtener el cambio legislativo de manera inmediata, sin vulnerar el principio cardinal

¹³. Conf. Luis DIEZ PICAZO: Obra citada en nota 6, p. 305.

¹⁴. Federico de CASTRO: **Derecho Civil de España. Parte General.** "Inst. Estudios Políticos". Madrid, 1955, T. I, p. 705-6.

¹⁵. En especial SAVIGNY, GABBA Y ROUBIER.

de la irretroactividad de la ley. En tal sentido, la obra más completa es, quizás, la de ROUBIER ¹⁶, cuyas ideas han sido tomadas como modelo por el legislador argentino cuando en 1968 reestructuró nuestro sistema de Derecho transitorio, modificando el artículo 3 del Código civil y derogando los artículos 4, 5, 4044 y 4045 del mismo cuerpo legal ¹⁷.

ROUBIER se basa en el concepto de "situación jurídica"; distingue los hechos constitutivos o extintivos de la situación, por una parte, y los efectos o consecuencias, por la otra. A continuación postula el principio de la aplicación inmediata de la ley nueva a todo hecho modificatorio, constitutivo o extintivo de situaciones jurídicas, que se produzca con posterioridad a su vigencia, y también a los efectos o consecuencias posteriores de situaciones jurídicas ya constituidas; en cambio, para respetar el principio de la irretroactividad de la ley, los hechos constitutivos o extintivos de situaciones jurídicas, acaecidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, y los efectos y agotados, serán juzgados por la ley que entonces se encontraba en vigor, es decir, por la ley antigua. Es la misma solución adoptada por el nuevo artículo 3 del Código civil argentino, como norma de conflicto de carácter permanente ¹⁸.

Pero es menester señalar que el principio cardinal de la irretroactividad de la ley no tiene, en nuestro sistema jurídico, rango constitucional, sino que es simplemente una norma orientadora para el intérprete, que tiene la característica de ser "Derecho común", en cuanto ha sido incorporada al Título Preliminar Primero del Código Civil; y aunque brinda pautas de prudencia al legislador, éste puede apartarse de esos principios y consagrar de manera expresa la retroactividad de las nuevas normas, mientras no vulnere las vallas que levanta la propia Constitución nacional, al garantizar especialmente algunos derechos, como la inviolabilidad de la propiedad (artículo 17), el derecho de defensa en juicio (art. 18),

¹⁶. Paul ROUBIER: **Les conflits des lois dans le temps**. Sirey, París, 1929: reelaborado posteriormente con el título **Droit transitoire**, Dalloz, París, 1960.

¹⁷. Ver **Irretroactividad de la Ley**. Imp. Univ. Nacional, Córdoba, 1976 (distribuye Ed. Zavalía, Buenos Aires).

¹⁸. Ver obra citada en nota anterior, en especial Cuadro I, p. 22.

o el derecho de testar (art. 20).

Agreguemos también que hay casos de "irretroactividad" que podría denominarse impropia, que la doctrina admite de manera pacífica: nos referimos al alcance que tienen las leyes interpretativas, cuyo objeto es fijar el sentido de disposiciones que resultaban dudosas o confusas, y que vienen a completar la vieja norma, integrándola, como si hubiesen existido desde el momento en que se sancionó el dispositivo originario ¹⁹.

b) **Causar la menor conmoción social (normas de conflicto y normas de transición).**

El problema del cambio legislativo no se agota con la determinación de reglas científicas que permitan solucionar los conflictos temporales sin caer en retroactividad; ni tampoco con la afirmación de que el legislador está habilitado a dictar normas retroactivas cuando ellas no vulneren derechos garantizados por la constitución, o cuando la nueva norma es más beneficiosa al sujeto.

A veces el legislador advierte que es indispensable que la retroactividad alcance un grado mayor, como única manera de lograr el cambio social que busca hacer efectivo por medio de la nueva ley, y que siempre que se dictan leyes que privan o limitan al sujeto el ejercicio de facultades de que anteriormente gozaba -sea o no retroactiva-, habrá sectores del cuerpo social que resistirán el cambio porque sus intereses -legítimos o egoístas- se ven lesionados; resulta entonces prudente buscar paliativos para que los cambios no provoquen una conmoción social, y el resultado suele encontrarse, por lo general, en la aplicación gradual de los nuevos cuerpos legales, o en el otorgamiento de algunas concesiones o compensaciones a los titulares del derecho que se va a extinguir.

Estos dispositivos especiales no son, hablando con propiedad, normas de conflicto, destinadas a resolver si a un determinado caso concreto debe aplicarse la antigua ley, o la ley

¹⁹. Conf. M. PLANIOL: **Traité élémentaire de Droit Civil**, 7^a ed., París, 1915, T. I, n° 251, p. 95.

nueva, sino normas de "transición" ²⁰, que procuran facilitar el paso de un sistema al otro, creando una etapa intermedia, en la que no suele aplicarse ni la ley vieja, ni la nueva, sino las soluciones particulares que el legislador prevé, y que pueden tener muy diferentes matices.

ROUBIER he efectuado un intento de sistematizar las principales medidas de "transición" ²¹, que permite suavizar el cambio de legislación, y al hacer menos brusco ese cambio reducen la resistencia y evitan la conmoción. Menciona así, en primer lugar, la "concesión de plazos", que permiten al titular de derechos adaptarse a las nuevas exigencias legales, por ejemplo, completando requisitos que antes no eran necesarios, como el cumplimiento de algunas formalidades para la constitución de sociedades ²²; o para que tomen conocimiento del nuevo régimen y adopten las disposiciones necesarias para ajustar sus intereses a la nueva ley ²³.

En otros casos, el régimen de transición dispone una indemnización al que se perjudica con el nuevo sistema jurídico, indemnización que debe ser solventada por el beneficiario del cambio de régimen.

Por último, ROUBIER menciona los casos en que el Estado se hace cargo de la indemnización, solución que puede resultar muy gravosa en algunas oportunidades, por lo que resulta preferible buscar otros medios indirectos que permitan hacer efectivo el cambio, sin lesionar intereses particulares, pero sin crear cargas que resulten al Estado de difícil atención.

²⁰. Ver POPOVILIEV: **Le Droit Civil transitoire ou intertemporal**, Rev. Trim. de Droit Civil, 1908, p. 462 y ss. (citado por ROUBIER).

²¹ Ver Paul ROUBIER: obra citada en nota 16, n° 33, p. 156 y ss.

²². Ver los incisos i y j, art. 369 de la Ley 19.550, para Sociedades constituídas en el extranjero y para Sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente: y el art. 370 para las Sociedades en comandita por acciones.

²³ Ver art. 41 de la Ley 4035 de aguas subterráneas de la provincia de Mendoza que otorga plazos a los titulares de perforaciones existentes para denunciarlas y solicitar nueva concesión que les será otorgada sin otro recaudo que cumplir los requisitos **formales** (art. 37).

