

DRA. NOEMÍ NICOLAU  
Profesora Titular de la Cátedra  
de Derecho Civil III, U.N.R.

Investigadora de la Carrera del  
Investigador Científico, U.N.R.

# El Derecho y la ley

*Ideas básicas de la Conferencia pronunciada  
el marco del ciclo «La Argentina de hoy  
y la Argentina predecible», realizadas  
conjuntamente con la Fundación Italia, el día  
21 de junio de 2012 en la ciudad de Rosario.*

1. Este Seminario, al que fui invitada por una cortesía que agradezco del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Delegación Sur y la Fundación Italia, trata sobre «La Argentina de hoy y la Argentina predecible», y viene desarrollándose exitosamente en torno a un eje central muy atrayente que consiste en pensar nuestro país desde diversas perspectivas, económica, filosófica, religiosa, política. En esta oportunidad propongo reflexionar, desde una mirada jurídica, acerca de nuestro presente como argentinos y, quizás, arriesgar algunas conjeturas respecto al futuro inmediato del Derecho privado nacional.

2. Se me propuso abordar la cuestión de «El Derecho y la ley», de modo que el comienzo parece alentador, pues se atribuye a la ley el lugar que le corresponde en el mundo jurídico, un lugar importante, pero no exclusivo. La expresión misma señala la conjunción de dos diversas nociones. De entrada nomás se aclara que el mundo jurídico no es sólo la ley. No caben dudas que en la familia jurídica occidental continental la ley tiene un lugar preponderante, pero no es la única fuente del derecho. En la concepción del mundo jurídico que comparto se afirma que está compuesto por normas integradas en la denominada dimensión normológica. Esas normas pueden ser legales pero también jurisprudenciales

y consuetudinarias. Se reconoce, asimismo, una dimensión sociológica que refiere a la realidad social, económica, política, cultural. Además de las normas y la realidad, siendo el Derecho la ciencia de la justicia, no puede obviarse una dimensión axiológica. En nuestra opinión, el gran desafío en el mundo jurídico es la realización del valor justicia, al que cabe subordinar otros valores inferiores, como la utilidad o la seguridad jurídica.

Los filósofos del derecho podrían abordar esa compleja y discutible relación entre Derecho y ley. En nuestro país de comienzos del tercer milenio mucho habría para decir sobre el Derecho. Se podría discurrir largamente sobre el estado de derecho, respecto a la realidad social y los derechos humanos, podría también preguntarse acerca de la dificultosa relación entre el valor justicia y el valor utilidad. Se trata de cuestiones profundas que los filósofos y sociólogos del derecho pueden abordar con solvencia, así como pueden ayudar a comprender en qué medida el Derecho occidental recibe, en el presente, la influencia de la cultura de su tiempo, determinada por el enorme desarrollo de la ciencia y la tecnología, la globalización, la crisis de los Estados nacionales y las peculiares características de la posmodernidad.

Es que el desarrollo casi sin fronteras de la ciencia y de la tecnología plantea, por un lado, la masificación de las relaciones

personales y jurídicas, porque la celeridad y uniformidad que brinda la tecnología facilitan la contratación masificada, la masificación de los daños y los delitos, diluye a la persona del acreedor y también la del deudor. Por otro lado, ofrece posibilidades infinitas de comunicación y las más variadas modalidades de contratación por vía electrónica. Además, introduce cambios de paradigma, tanto en el comienzo, como en el fin de la vida y enfrenta a la ciencia jurídica con la necesidad de replantearse la noción jurídica de comienzo de la existencia de la persona, el concepto de muerte, el derecho de la persona a su identidad, imagen, privacidad y el derecho a disponer del propio cuerpo.

Por su parte, la globalización es también un signo de estos tiempos, pues se expandió desde la economía a la cultura y, por tanto, al Derecho. Puso en evidencia la crisis de los Estados nacionales y obligó al hombre a preguntarse si el derecho de un mundo globalizado debe ser uniforme o basta a los países con armonizar sus derechos internos en consonancia con los demás. Resta comprobar cuál será el método más eficiente para enfrentar la globalización económica y la pérdida de soberanía de los Estados.

También hay que considerar que el hombre posmoderno, testigo del fracaso de los objetivos de la modernidad, sumiéndose en un grave descreimiento respec-

to a las posibilidades que tiene de asegurarse un futuro próspero, introduce enormes conflictos en el orden social y jurídico. Es que ese hombre quiere vivir el presente sin historia y un futuro sin proyecto, de modo que difícilmente se planteará una inquietud sobre la Argentina predecible, porque el futuro parece interesarle poco a quien no acepta proyectos de larga duración. Basta observar cómo el matrimonio y la familia no se construyen con proyectos de larga duración, suelen ser vínculos efímeros, de rápida disolución; los contratos, aun cuando sean de larga duración, se renegocian o se rescinden con anticipación; las inversiones, dinámicas y poco futurizas, deben asegurar buenas ganancias en cortos plazos.

A pesar de todas las dificultades, quizás por esa misma razón, el mundo jurídico es complejo y apasionante y atrae a las personas y las entusiasma para conocer cómo la sociedad, mediante la labor de sus legisladores y sus jueces, satisface cada una de estas y otras inquietudes. Podría hablarse largo tiempo al respecto, sin embargo, nuestro empeño en esta oportunidad se limita a responder cómo se resolverán en la reforma de los Códigos civil y comercial. Es probable que en los años próximos interese también a la ciudadanía saber cómo se resolverán los problemas, todavía más complejos, del delito y el Código penal. Es que el Derecho civil, comercial y penal son las ramas jurídicas que se encuentran en mayor evolución y encuentran sus codificaciones añejas, llegando desde el ya le-

jano siglo XIX, después de haber pasado por un trabajoso siglo XX.

3. En este contexto vamos a abocarnos, entonces, a reflexionar sobre el Derecho privado y la ley del tiempo argentino presente. En nuestra familia jurídica los orígenes del Derecho Privado se remontan a la Roma de los grandes esplendores, aquella que le dio sus bases a Occidente, bases sobre las cuales Francia construyó, más tarde, sus Códigos. Por eso, a diferencia de lo que ocurre en el mundo anglosajón, los Derechos privados continentales se encuentran codificados.

Para hablar de Derecho privado es obligada la referencia a los Códigos civil y comercial. Cabe entonces preguntarse de qué se habla cuando de un código se trata. Tradicionalmente, era un sistema completo y cerrado, que se explicaba a sí mismo, que tenía vocación de estabilidad, completividad, capacidad de prever y dar solución a todos los problemas que se plantearan en su materia. Ese no es un modelo jurídico que podría sostenerse en la actualidad porque ninguno de esos caracteres se corresponden con la cultura de este tiempo. Tanto la completividad como la estabilidad resultan imposibles, pues la sociedad presenta con frecuencia nuevos y graves desafíos para los que, además, exige con asiduidad nuevas soluciones. En consecuencia, los códigos de estos tiempos son códigos de principios, el codificador fija algunas reglas generales que iluminan las instituciones jurídicas y otorga facultades a los jueces para elaborar, a partir de esos

principios y de algunas claras y concretas normas especiales, la solución que corresponda a cada caso.

4. Ese modelo es el que emplea el Proyecto de Código civil y comercial de 2012 radicado en el Congreso, pronto a ser tratado, que fue elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, integrada por los Doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. La metodología principista se muestra desde el Título Preliminar que, en tan sólo dieciocho artículos, consigna las bases fundamentales para comprender el diseño global del Código proyectado que se ilumina con los principios de buena fe, el ejercicio regular de los derechos y el respeto al orden público. Puede verse también, por ejemplo, cuando se regula la capacidad, estableciendo los principios generales relativos a la capacidad de derecho y de ejercicio; en el título referido a los hechos y actos jurídicos en el que se incluyen, en primer lugar, las nociones elementales para comprender el régimen. En el Libro Segundo, dedicado a las Relaciones de familia, comenzando por el matrimonio, se consignan expresamente los principios de libertad e igualdad; de igual modo el Proyecto sienta las disposiciones generales en cada uno de los títulos dedicados al régimen patrimonial del matrimonio, el parentesco, la filiación y así sucesivamente. En el Libro Cuarto que trata acerca de los Derechos reales se emplea la misma metodología. Se fijan las Disposiciones generales y Principios comunes en los artículos 1882

a 1891. Luego, en cada uno de los títulos dedicados a los diversos derechos reales, se comienza con las disposiciones generales relativas a ese derecho.

5. Para situar este Proyecto de manera adecuada en su entorno histórico es necesario recordar que no es más que una última etapa de la saga iniciada apenas comenzado el siglo XX. Un movimiento reformador del Código de 1871 se extendió a lo largo de casi un siglo, pero aun no logró plasmar sus propósitos. Al impulso de esa idea se sucedieron, sin éxito, el Anteproyecto de Código civil redactado por el Dr. Juan A. Biliboni en 1926; el Proyecto de 1936 elaborado por la Comisión integrada por los doctores Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz y Gastón Federico Tobal y el Anteproyecto de reformas de 1954 encargado a Jorge Joaquín Llambías, hasta llegar a la denominada Reforma de 1968, concretada en la Ley N° 17.711, y debida, en gran medida, al jurista Guillermo A. Borda. Sin proponerse una reforma integral del Código civil de Vélez Sársfield, logró al menos un verdadero aggiornamento de su espíritu. Desde la Reforma de 1968 hasta 1987, no hubo nuevos intentos. En ese año se propuso la Unificación del Derecho civil y comercial en materia de obligaciones que llegó a ser ley y fue, luego, vetada por el Poder Ejecutivo. En 1993 se presentaron dos Proyectos de reforma integral de los Códigos, uno de la denominada Comisión Federal, integrada por juristas designados por el Congreso y otro, redactado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo. Ninguno de los dos lograron concretarse y, finalmente, en 1998, se presentó un nuevo Proyecto de Código ci-

vil, unificador del Derecho civil y comercial, que tuvo aprobación en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados y ha servido de fuente inmediata al Proyecto que en la actualidad está en discusión.

6. Este nuevo intento de recodificación que analizamos, consta de una Parte general, las disposiciones relativas al Derecho de Familia, luego, el régimen de los Derechos personales y los Derechos reales, más tarde, el Derecho sucesorio y, por último, las Disposiciones comunes a derechos reales y personales.

En la Parte general, que está dedicada a la persona, se consigna uno de los mayores aportes de este Proyecto: la inclusión, relativamente ordenada, de los Derechos y actos personalísimos. Se tratan los actos de disposición sobre el propio cuerpo, el consentimiento en la relación médico paciente y en especial para las investigaciones médicas, las directivas anticipadas y se consigna un expreso rechazo a la eutanasia activa. Algunos de los artículos proyectados reproducen las normas de la ley 26.529, acerca de cuya vigencia o derogación parcial nada se dice.

Respecto a la delicada cuestión del principio de la existencia de la persona en el marco de la procreación asistida se ofrece una solución polémica al disponerse en el artículo 19 que la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión en la mujer, aunque se deja a salvo la protección del embrión no implantado, según lo prevea la ley especial.

Se incluye también una modificación sustancial en el régimen de capacidad de los menores en el artículo 26. Se mantiene el principio de que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales pero: a) tiene derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne y a participar en las decisiones sobre su persona; b) si cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Respecto a las decisiones sobre su persona: a) se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física; b) a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

En relación al denominado bien de familia se deroga la ley N° 14.394 y, por tanto, se sustituye ese instituto por la protección de la vivienda. Según el artículo 244 del Proyecto no se protege la familia sino la vivienda de la persona, por lo que la persona sola puede afectar su único inmueble en el que habita.

Asimismo, el Proyecto regula con detalles el régimen de las Personas jurídicas. Entre las personas públicas, además del Estado nacional, las provincias, los municipios, las entidades autárquicas y la Iglesia Católica, reconocidas en tal carácter en el Código vigente, se enuncian

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter, los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el Derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable. Asimismo el Proyecto otorga el carácter de personas jurídicas privadas, además de las existentes en el presente, al consorcio de propiedad horizontal, las comunidades indígenas, las mutuales y cooperativas y toda otra persona contemplada en sus disposiciones o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento. Satisfaciendo un reclamo de la doctrina y la jurisprudencia se incluye el régimen legal expreso para las asociaciones y se moderniza la regulación de las fundaciones, derogándose la ley vigente.

En cuanto a los bienes en general es necesario poner de relieve la inclusión de una norma sustancial en materia de derecho de aguas. Se trata de una cuestión de particular importancia en la actualidad. El artículo 239 reconoce que las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños quienes deben ejercer regularmente su derecho a usar de ellas con libertad, siempre que no formen cauce natural, pero están sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Cuando se constituyen cursos de agua por

cauces naturales las aguas pertenecen al dominio público.

La Comisión redactora había incluido también en el Título de los bienes, una sistematización de los derechos de incidencia colectiva en el artículo 240, que fue suprimido de manera total en la versión que el Poder ejecutivo envió al Congreso.

El régimen legal de la Familia ofrece en el Proyecto un cambio un tanto radical. Entre otras modificaciones se propone una normativa exhaustiva respecto a las uniones convivenciales. En el régimen patrimonial del matrimonio se introduce el derecho de optar entre la tradicional sociedad conyugal y la separación de bienes, y se establece como régimen subsidiario el de sociedad conyugal para el caso en que los contrayentes no ejercieren el derecho de opción que se les ofrece. Además, se admite, la fecundación post mortem y la maternidad sustituta a fin de dar filiación a la persona nacida de esas técnicas procreacionales.

En la Teoría general de las Obligaciones, sobre todo, en materia de daños hay numerosas reformas técnicas. Señalaré, al menos, dos modificaciones importantes: una en el sistema de las obligaciones dinerarias y, otra, en la responsabilidad civil del funcionario público (artículos 1764 a 1766). En ambos casos el Anteproyecto elaborado por la Comisión redactora proponía normas que fueron modificadas por el Poder Ejecutivo antes de enviar el Proyecto definitivo al Congreso.

Respecto a las obligaciones dinerarias el Anteproyecto reproducía en su artículo 765 el régimen vigente en la actualidad consignando que «Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero», y acorde con ese criterio, complementaba la consecuencia jurídica diciendo que «El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene». Después de la reforma del Poder Ejecutivo el Proyecto enviado vuelve al sistema originario del Código civil velezano: «Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, de conformidad con la cotización oficial». Esta norma se complementa con el artículo siguiente según el cual, el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada. En mi opinión no hay dudas que la doctrina y la jurisprudencia deberán realizar ingentes esfuerzos para lograr equidad en las relaciones obligatorias en una economía inflacionaria, si se aprobara este régimen y continuara vigente la prohibición de indexar.

En cuanto a los Derechos reales se mantiene el sistema de número clausus. En el artículo 1887 se recepta un reclamo frecuente de la doctrina al incluirse nue-

vos derechos reales. Prácticamente no ha existido desacuerdo acerca de considerar derechos reales autónomos a la propiedad horizontal y el derecho de superficie, admitiéndolo para todos los destinos y no sólo forestal, tal como lo tenemos regulado por la ley N° 25509. Se resuelve también el grave problema existente en la actualidad respecto a los clubes de campo, shopping center, emprendimientos similares y cementerios privados incluyéndolos como derechos reales bajo la denominación de conjuntos inmobiliarios y cementerios privados. Por otro lado, se subsana el error que introdujo en nuestro ordenamiento la ley N° 26.356 que reguló como derecho personal el servicio turístico de tiempo compartido. El Proyecto lo enuncia entre los derechos reales y lo regula en los artículos 2087 a 2102, derogando los Capítulos III, IV, V y IX de la referida ley especial.

Cabe mencionar de manera particular el reconocimiento del derecho real autónomo de propiedad comunitaria indígena. La Comisión Redactora propone un derecho comunitario, de sujeto plural o colectivo, la comunidad indígena registrada, que resulta indeterminado en cuanto a sus componentes. Según se expresa en los Fundamentos, la Comisión Redactora del Anteproyecto entendió necesario introducirlo porque, de lo contrario, cuando se adquieren las tierras, se asignan títulos de dominio que, mayormente, surgen de usucapiones, por la insuficiencia de los otros derechos reales conocidos. No obstante, los pueblos originarios se han mostrado disconformes, y sus abogados

estiman que existe una incompatibilidad entre el Derecho Indígena y el Derecho Privado, pues el Proyecto no respeta la cosmovisión de los pueblos originarios y niega la preexistencia de estos pueblos, acordando sólo el derecho a la posesión y la propiedad comunitaria a las comunidades con personería jurídica reconocida.

En el Derecho sucesorio también se recepta la opinión de la jurística al flexibilizar la legítima de los herederos forzosos. En el artículo 2445 se adjudica a los descendientes dos tercios y a los ascendientes un medio, siendo la mayor porción disponible de un tercio. Otra reforma que merece ser mencionada es la norma propuesta en el artículo 2448 que introduce por primera vez en nuestro derecho el instituto de la mejora, aunque sólo sea a favor del heredero, ascendiente o descendiente con discapacidad y a clara, dada las diversas acepciones de este vocablo, que se considera persona con discapacidad, a aquélla que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

7. En síntesis, cuando mencionamos el Derecho y la ley debemos tener presente que el mundo jurídico es aquel que una sociedad organiza para lograr una convivencia con reglas nacidas de las leyes, pero, también de los usos y costumbres y del decir de los jueces en sus sentencias. Que el mundo jurídico y el mundo social son muy complejos y apasionantes y, a la

vez, difíciles de comprender y ordenar. Que las normas por sí solas, sin voluntad de los ciudadanos, no son eficientes.

Que el mundo jurídico de la Argentina presente se encuentra frente a desafíos increíbles de la economía, de los cambios sociales y de la política y que en materia de Derecho privado está tratando de resolver esos desafíos en algunos aspectos con acierto, en otros con decisiones discutibles. En ese sentido, puede afirmarse que el Proyecto de código, analizado globalmente, será un instrumento útil para superar el estadio actual, aun cuando aparece un tanto osado en materia de derechos familiares y no patrimoniales y un tanto ortodoxo en materia de derecho patrimonial.

Que respecto al Derecho de una Argentina predecible tengo esperanzas, porque entre «*corsi e recorsi*» hemos de progresar. Ahora bien, tratando de predecir el rumbo del país, sólo me resta decir con José Hernández,

Y han de concluir algún día  
Estos enriedos malditos;  
La obra no la facilito  
Porque aumentan el fandango  
Los que están, como el chimango  
Sobre el cuero y dando gritos.

Mas Dios ha de permitir  
Que esto llegue a mejorar;  
Pero se ha de recordar,  
Para hacer bien el trabajo,  
Que el fuego, pa calentar,  
Debe ir siempre por abajo.