

EN EL DERECHO PRIVADO

Noemí L. NICOLAU (\*)

"Debe penetrarse y ponerse en claro el lazo íntimo, las afinidades que existen entre todas las nociones de derecho, constituyendo su unidad".

F.M.C. de Savigny  
precursor de la complejidad pura

1. A partir de las reflexiones del Profesor Goldschmidt respecto del proceso seguido por las teorías que explican la naturaleza del derecho, proceso que marchó de la complejidad impura a la simplicidad pura, aproximándose luego a la complejidad pura, y con motivo del documento de trabajo y, en especial, de la reunión preparatoria de esta Jornada, quienes participamos fuimos encontrando frecuentemente manifestaciones de ese proceso en el mundo y, de manera particular, en el mundo jurídico. En el ámbito del derecho civil, por ejemplo, es posible verificar el paso de la complejidad impura, a la simplicidad pura y a la complejidad pura en el principio de la autonomía de la voluntad y el dirigismo contractual; en el transcurrir del "status" al contrato y a las nuevas modalidades contractuales; en la responsabilidad civil; etc. Nuestro aporte a esta Jornada consistirá en efectuar cierta aproximación respecto de un problema más totalizador: retomamos el documento de trabajo del Curso "Filosofía de las ramas del mundo jurídico" organizado por el Departamento de Filosofía y Ciencias Sociales de nuestra Facultad en el año 1984, para reflexionar acerca del proceso sufrido por el conjunto de disciplinas que actualmente conforman la ciencia jurídica, que pasó de la complejidad impura a la simplicidad pura y en el que se vislumbra la posibilidad actual de arribar a la complejidad pura.

En la antigüedad, el medievo y hasta avanzada la Edad Moderna, el derecho estaba disuelto en una impura complejidad que no permitía diferenciar el derecho público del privado, ni el derecho constitucional o administrativo, o civil, comercial o agra-

rio. Esta complejidad, ínsita en los derechos positivos, confusos y dispersos, en la cual se disgregaban los elementos particulares de cada rama, hasta entonces desconocidas como tales, incidía en la ciencia jurídica. Aproximadamente en el siglo XVI, por distintas circunstancias, especialmente por mayores exigencias de justicia, comienzan a surgir las diferentes ramas, a partir del Derecho Internacional Público. Cada una de ellas va obteniendo su autonomía científica, y en ese proceso se observan intentos de constituir las como disciplinas aisladas de las otras y del conjunto. Se va llegando a la simplicidad pura. Para escapar de la complejidad impura, se va reduciendo la complejidad del mundo jurídico a verdaderos compartimentos estancos y se pierde de vista la unidad del derecho. Este fenómeno que comienza aislando las ramas, se adentra luego en cada una de ellas, produciendo otra gran simplificación. Así por ejemplo, se pretende aislar el derecho de familia del derecho privado y del público, postulándose la tripartición del derecho. Desde hace algún tiempo se habla del derecho de las locaciones, derecho del seguro, derecho bancario, derecho concursal. En ocasiones, ciertos "especialistas" en estas simplificaciones, por el recorte material que formulan no alcanzan a comprender la complejidad y superior unidad de los problemas jurídicos. De este modo se va llegando a la simplicidad pura de la simplicidad pura. Sin embargo, en este tiempo se advierte una preocupación por la vuelta a la complejidad, pero de manera superadora, respetando las particularidades, pero integrándolas. Un verdadero precursor en esta tarea fue el gran Savigny, quien en 1835, cuando todo iba en pos de la simplicidad pura, con su reconocida genialidad supo proyectar su famoso "Sistema", notable aporte a la complejidad pura del derecho privado.

2. El paso de la complejidad impura a la simplicidad pura y a la complejidad pura, puede verse, a nuestro entender, en el derecho positivo que rigió y en el que esta vigente en nuestro territorio. Así en el derecho positivo hispano-indiano se observa

la confusión de las distintas ramas, dispersas en los distintos libros de las grandes cuerpos compiladores. La codificación significó un esfuerzo por despejar la impureza de la complejidad. Lentamente se va pasando a la simplicidad pura. Por ejemplo, el Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires era todavía complejidad impura, contenía capítulos enteros de derecho civil, que consideraron sus autores necesario incluir, pues todavía no existía la codificación respectiva (p.v. Libro II título I cap. I a IV Código de Comercio de 1862). Con las reformas posteriores, se va abriendo paso a la simplicidad pura, se aislan las normas aplicables a los comerciantes, y en el afán de llegar a la autonomía, se regulan contratos comerciales separadamente de los civiles. Instituciones comunes al derecho civil y comercial se regirán por principios distintos: la señal, el pacto comisorio, la compraventa de cosas ajenas, algunos aspectos del mandato, el mutuo.

En este tiempo estamos siendo protagonistas de un esfuerzo para superar en el derecho positivo esa simplicidad a que aludimos. El Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial, que cuenta con la sanción de la Honorable Cámara de Diputados, es una significativa contribución a la complejidad pura, al menos en el ámbito del derecho civil y comercial.

3. La evolución de la filosofía y de la ciencia jurídicas parece conducir a la complejidad pura, mediante la unificación de las ramas en una Teoría general del Derecho, entendida como "sistema jurídico". Admitida su posibilidad, se discute si ha de corresponder a la ciencia o a la filosofía del derecho. Nos parece necesario construirlo desde la filosofía, situándolo más arriba de las ramas particulares para integrarlas, especialmente desde la dikelogía.

Pero, por otra parte, creemos posible y conveniente que el Sistema se formule también en la ciencia jurídica. Por ejemplo, en el derecho privado, según nuestro entender, la culminación

en la complejidad pura, puede lograrse mediante la reducción del derecho privado a sus instituciones esenciales, procediéndose a desarrollar teorías generales a partir de las mismas. Los pilares básicos del sistema de derecho privado deberían ser: PERSONAS - NEGOCIO JURIDICO y RELACIONES OBLIGATORIAS. Debería proyectarse la teoría general de la institución básica de que se trate y luego puntualizarse e investigarse las diferentes particularidades, según la rama a la que éstas correspondan. Es posible, por ejemplo, elaborar una teoría general de la reparación de daños, investigar inclusive los aspectos comunes en el derecho público, lograr la unicidad del fenómeno resarcitorio a través de los presupuestos, para particularizar luego los diferentes efectos según los distintos ámbitos. O bien, estudiar la teoría general del acto o negocio jurídico, sus elementos, vicisitudes, etc., reconociendo las peculiaridades según las clases de negocios (patrimonial, extrapatrimonial, familiar, etc.).

Anhelamos que el trabajo de búsqueda de la complejidad pura al que nos abocamos en esta Jornada, contribuya a que nosotros y nuestra comunidad académica, comprendamos la maravillosa y compleja armonía del mundo jurídico.

\*\*\*\*\*

- (\*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la UNR.
- . GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción filosófica al Derecho, Depalma, Bs. As., 1980, 6a. edición.
- . CIURO CALDANI, Miguel Angel, El trialismo, Filosofía jurídica de la complejidad pura, en El Derecho entrega diaria 1-2-88.

Aportes para la Teoría General del Derecho (El "sistema jurídico"), Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1984.

Perspectivas jurídicas. Teoría General del Derecho. Historia del Derecho. Filosofía

del Derecho, Fundación para las Investigaciones  
Jurídicas, Rosario, 1985.

- . SOLARI, Gioele, Filosofía del derecho privado, trad. O.Caletti,  
Depalma, Bs. As., 1946.
- . SAVIGNY, M.F.C. de, Sistema del Derecho Romano actual, trad.  
Mesía y Poley, Góngora, Madrid, 2a. edición, s/f.
- . CAVANNA, Adriano, Storia del Diritto Moderno in Europa , Mi  
lano, Giuffrè, 1979.
- . CICU, Antonio, El derecho de familia, trad. S. Sentís Melendo,  
Ediar, Bs. As., 1947.