

JERARQUÍA DE LAS FUENTES. SU CRISIS EN MATERIA DE BARRIOS CERRADOS Y CLUBES DE CAMPO

MARGARITA RAMONDA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

1. Introducción

Históricamente, la sociedad medieval fue pluralista, en tanto estaba formada por varios ordenamientos jurídicos opuestos o integrados: Iglesia e Imperio, feudos, corporaciones y municipios, e incluso la familia. El Estado moderno se formó por la absorción y la eliminación de esos ordenamientos particulares y por un proceso de monopolización de la producción jurídica y de la coacción, que identifica al derecho con el Estado. Existen muchos ordenamientos jurídicos porque son muchas las naciones soberanas que desarrollan, según afirmación de la Escuela Histórica, sus derechos emanados directa o indirectamente de la conciencia popular. Esta primera forma o fase de pluralismo tiene carácter estatal o nacional¹.

Es recién a partir de los aportes realizados por los iusrealistas que se amplía el horizonte de la experiencia jurídica más allá de los límites del legalismo estatalista. Y comienza la tensión monismo jurídico, esto es, sistema único producto exclusivo del Estado, y pluralismo jurídico, como

¹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 5ta. Reimp. de la 2da. ed., 2.005, p 243.

ordenamiento² que no se acaba en la norma estatal. La consecuencia es la vigencia simultánea de ordenamientos jurídicos estatales y diferentes de los estatales, lo que impone el reconocimiento de normas de distintas fuentes y el análisis de sus relaciones. Se distingue: a- coexistencia de sistemas jurídicos de la misma naturaleza, particularmente estatales (unitarios y federales) y b- coexistencia de sistemas u ordenamientos jurídicos de naturaleza diferente, como los sistemas jurídicos supranacionales (orden jurídico internacional, Unión Europea), los ordenamientos jurídicos infraestatales (órdenes jurídicos corporativos), transnacionales (orden pertenecientes a sociedades comerciales u órdenes eclesiásticas)³ e incluso antiestatales, como una secta secreta u organización para delinquir⁴. Esta segunda fase del pluralismo se llama institucional para distinguirla de la primera.

Finalmente, pensamos que pueden presentarse una pluralidad de normas de un único sistema jerárquico estatal que entren en conflicto entre sí y que al no excluirse fueren el diálogo de las fuentes.

Esquemáticamente y en resumen de lo dicho:

a- Pluralidad de ordenamientos estatales.

b- Pluralidad de ordenamientos estatales y diferentes de los estatales, coexistentes.

c- Pluralidad de normas de diferentes fuentes y opuestas pertenecientes a un mismo ordenamiento estatal.

² Hacemos la advertencia que el término ordenamiento jurídico es anfibológico y no tiene el mismo significado para un positivista que para un realista. En general, cuando se trata el tema, se usa con el alcance más amplio dado por los autores institucionalistas, según quienes donde hay un grupo social organizado hay ordenamiento jurídico. En oposición, no faltan quienes prefieren hablar de pluralismo normativo para evitar ambigüedades y porque permite incorporar complejos de normas, que sinceramente, dicen, es difícil calificar como jurídicas, por ejemplo, normas internas de una hinchada de fútbol o normas islámicas que pueden entrar en conflicto con normas estatales. V. Alessandra Facchi, *Prospettive attuali del pluralismo normativo*, Jura Pentium. Centro di filosofia del diritto e della politica globale. En línea: <http://www.tsd.unifi.it/jg/it/index.htm?surveys/rights/facchi.htm>.

Sin embargo, esto no elimina la multivocidad, porque pluralidad de normas no implica necesariamente plurijuridismo.

³ Sánchez Catañeda, Alfredo, *Los orígenes del pluralismo jurídico*, p.475. en línea: <http://ww.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.pdf>

⁴ Bobbio, Norberto, op. cit., p 244 y ss.

Llegados a este punto, no podemos ignorar al pluralismo cultural⁵, que no parte tanto del sistema, sino del sujeto que lleva el bagaje de todas sus normas de conducta internalizadas a donde quiera que va, y la “planetización”, por la que se conectan culturas jurídicas a través de la circulación de modelos, lo que hace que deba adaptarse la estructura mental del jurista si pretende dar respuesta eficaz a la realidad. Como dice OLSEN GHIRARDI⁶, la americanización del derecho pone en contacto los sistemas del common law y del derecho continental⁷ y quizás el formado en el apego a la ley y el codicismo deba recurrir a la experiencia, a la jurisprudencia y a la inducción propia del discurso anglosajón, y a la inversa. Todo retroalimenta la pluralidad, a la vez que tiende a homogeneizarse a través de principios.

Creemos que un caso de pluralismo jurídico en la forma señalada arriba bajo la letra c son las propiedades especiales o conjuntos inmobiliarios como formas coparticipativas de propiedad que comprenden a los clubes de campo, los barrios cerrados, los parques industriales, los centros comerciales y los cementerios privados⁸. Estas realidades no se encuentran reguladas en una ley nacional, según lo dispuesto en el Art. 75 inc. 12 de la Carta Magna. Sin embargo, y en contra de las relaciones de superioridad y subordinación de normas que fija nuestra Constitución Nacional, varias leyes y decretos provinciales y también ordenanzas municipales se ocupan sin competencia de la materia, lo que conduce a la subversión de la pirámide jurídica y a que en no pocas oportunidades se fuercen las regulaciones tradicionales en materia de derechos reales para

⁵ Sousa Santos, Bonaventura de, *Droit :une carte de lecture déformée. Pour une conception post moderne du droit*, Droit e Societé, n. 10, París, 1.998, p. 383. La cita es de Sánchez Castañeda, Alfredo *Los orígenes del pluralismo jurídico*, p. 481 en línea: www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.pdf

⁶ Ghirardi, Olsen, *¿La americanización del Derecho?. Empirismo y racionalismo en el orden jurídico (El sistema angloamericano –common law- y el sistema continental –civil law-)* en línea: <http://www.acader.unc.edu.ar/m9.htm>

⁷ El entrecruzamiento más importante se ve en Puerto Rico.

⁸ Es necesario distinguir, así lo hace la doctrina, entre el grupo de urbanizaciones privadas (countries, shopping centers, parques industriales) y cementerios privados. Usamos en esta nota las denominaciones en inglés, que prevalece en muchos casos, para evidenciar que a pesar del anglicismo no todas las figuras tienen antecedentes angloamericanos.

encuadrar estas formas de propiedad.

Además, se habla de manera corriente de *countries* por clubes de campos, *shoppings centers* en vez de hipercentros de consumo. La crisis que provoca en nuestro derecho la importación de modelos tiene que ser resuelta por la decisión de los jueces y la costumbre, lo que quita protagonismo al legislador racional.

El fenómeno hartamente someramente descripto para los barrios cerrados y clubes de campo es el que ocupará nuestra atención, analizando brevemente y realizando algunas apreciaciones de las normas provinciales, para luego explicar más detalladamente por qué creemos que se puede hablar, como aquí adelantamos, de plurijuridismo dentro del derecho argentino.

2. Análisis de algunas normas vigentes

Comencemos con la Provincia de Bs. As, donde Art. 64 de la ley provincial n° 8912 de 1977 define a los clubes de campo en los siguientes términos: “Se entiende por club de campo o complejo recreativo residencial a un área territorial de extensión limitada que no conforme un núcleo urbano y reúna las siguientes características básicas: a) Esté localizada en un área no urbana; b) Una parte de la misma se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en pleno contacto con la naturaleza; c) La parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de viviendas de uso transitorio; d) El área común de esparcimiento y el área de viviendas deben guardar una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica, que las convierte en un todo inescindible. El uso recreativo del área común de esparcimiento no podrá ser modificado, pero podrán reemplazarse unas actividades por otras; tampoco podrá subdividirse dicha área ni enajenarse en forma independiente de las unidades que constituyen el área de viviendas.”

Se suma que el decreto 2489/63 de la provincia de Bs. As amplía mediante el Art. 6 la posibilidad de inscribir títulos de partes de edificios en construcción o a construir. Dispone textualmente: “Podrán ser inscriptos en

el Registro de la Propiedad instrumentos que formalicen los actos referidos en el Art.1 del presente decreto (constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales comprendidos en el régimen de la ley 13512) si las partes exclusivas y comunes de edificios en construcción o a construir reúnen, según los caso, las siguientes condiciones: a) las unidades de dominio exclusivo a construir o en construcción, cualquiera sea el estado de ejecución de la obra, siempre que las mismas constituyan cuerpos independientes de la edificación; b) las unidades de dominio exclusivo sin independencia constructiva, cuando el edificio en construcción tenga concluidos los servicios y partes comunes necesarias e indispensables para el buen funcionamiento del mismo, pudiendo carecer de los revoques finos, pinturas, soldados, cielorrasos, revestimientos y otros detalles complementarios y estéticos que no perturben la seguridad, solidez y funcionamiento del edificio.

Las unidades de dominio exclusivo de un edificio a construir o en construcción, que no reúnan las condiciones citadas anteriormente, no gozarán de los beneficios del presente artículo...”.

Esto permite a la mayoría de los clubes de campo desarrollados en la pcia. de Bs. As. tomar la figura de la ley 13512 de propiedad horizontal.

Más tarde, en 1986, el Gobierno Provincial bonaerense sanciona el decreto 9404, reglamentario de diversos aspectos de la referenciada ut supra ley 8912 de 1977. Lo notable resulta que no sólo reglamenta aspectos urbanísticos y administrativos (lo que sería correcto), sino que avanza sobre cuestiones que están fuera del poder de policía provincial y resultan atribuciones del Congreso Nacional al disponer sobre formas de dominio, especialmente en su artículo primero. Así, en el mismo establece que los espacios recreativos y de circulación serán de propiedad de una entidad jurídica (sociedad), la cual estará integrada por los titulares de las parcelas residenciales. Sobre las áreas recreativas y circulatorias se deberán establecer servidumbres ante cada transferencia inmobiliaria de los lotes

residenciales⁹.

En cuanto a los barrios cerrados, el Art. 1 del decreto 27/98 define: “Se entiende por barrio cerrado a todo emprendimiento urbanístico destinado a uso residencial predominante con equipamiento comunitario cuyo perímetro podrá materializarse mediante cerramiento.”

El Art. 10 establece que la forma de dominio para los barrios cerrados es optativa entre la propiedad horizontal o el régimen jurídico establecido por el decreto 9404/86 para clubes de campo.

Consecuentemente, otros muchos clubes de campo y barrios cerrados de la provincia de Bs. As. se ajustan al ya referido decreto provincial 9404/86, esto es, lotes transferidos en dominio pleno a personas físicas o jurídicas y parcelas destinadas a recreación y circulación transferidas en dominio pleno a una entidad jurídica a la que deben pertenecer los titulares de los lotes individuales. También, se establecen distintos tipos de servidumbres, por ejemplo, de paso sobre el lote destinado a circulación, conservando así su función de calle. Pero aparte de esa, que es elemental, se disponen de otras: sobre el terreno destinado a recreación como fondo sirviente a favor de los lotes particulares como fondos dominantes para asegurar el destino de recreación a perpetuidad prohibiendo su división y modificación o supresión de las obras de infraestructuras originales; sobre los lotes individuales como fondo sirvientes se constituye servidumbre predial urbanística a favor de los lotes destinados a recreación y circulación como fondos dominantes asegurando la abstención de construir sin cumplir con el reglamento de edificación del complejo. La entidad jurídica propietaria de los espacios de esparcimiento y de tránsito se obliga al mantenimiento de los mismos, trasladando sus costos a los propietarios particulares.

En síntesis: se puede optar por el sometimiento al régimen de la PH, conforme reglamentación del decreto 2489/63 o bien, adoptar la forma jurídica del decreto 9404/86.

Además, cualquiera sea el derecho real adoptado –propiedad horizontal

⁹ Andorno, Luis; Luna, Daniel y Frickx, Norberto, *Clubes de Campo “Countries”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2.002, p. 24.

o condominio-, se participa simultáneamente en una sociedad (generalmente una sociedad anónima con acciones nominativas del propietario del lote) o asociación creada a esos efectos que coexiste con el consorcio.

Vemos que mientras un decreto amplía el supuesto de hecho de previsto en la ley 13512, el otro dispone directamente respecto de derechos reales. Sumemos también la dificultad de buscar satisfacción a través de la ley de sociedades mercantiles, que evidentemente no puede dar respuesta acabada a las necesidades comunes de seguridad, mantenimiento y otras. Y si bien el sistema de superposición de una forma asociativa a un derecho real tiene resultados prácticos en el sentido de dar ejecutividad al funcionamiento del club de campo, la combinación recorta tanto las facultades de los socios, a través de contratos entre los diversos titulares que exceden los elementos del tipo legal de derecho real, que da lugar a un género distinto al permitido e importa una modificación prohibida por el Art. 2502 CC¹⁰.

Problemas parecidos ocurren en Chubut con la ley n° 4149 que establece normas para el desarrollo turístico en áreas turísticas agrestes. Esta ley provincial en el art. 2 define a las aldeas turísticas y a las lotificaciones agrestes en estos términos: “ A los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

2.1 ALDEA TURISTICA: Es todo conglomerado urbano de tamaño pequeño y arquitectura que armonice con el paisaje y cumpla las condiciones de que su perímetro debe ser limitado, es decir que no puede crecer horizontalmente más allá del mismo.

2.2 LOTIFICACIONES AGRESTES: Son aquellas que se realizan en áreas naturales de esa cualidad, con el requisito de que los lotes deben ser amplios, con una superficie mínima de una hectárea, y que además cumpla con las siguientes condiciones:

2.2.1 Estar localizada en zona no urbana.

2.2.2 Que una parte de la misma se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en contacto con la

¹⁰ Highton, Elena; Álvarez Juliá, Luis; Lambois, Susana; Wierzba, Sandra, de Hoz, Marcelo, *Nuevas Formas de Dominio. Clubes de campo, Cementerio y Cementerios Privados, Tiempo Compartido o multipropiedad*, Ad-hoc, Bs. As, 2da. Edición actualizada y ampliada, 1.993, p. 80.

naturaleza y para uso común de los miembros. 2.2.3 La parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de viviendas de uso transitorio y/o permanente. 2.2.4 El propietario del proyecto deberá asumir la responsabilidad de realizar las obras de infraestructura de los servicios básicos y de asegurar la prestación de los mismos, como asimismo de materializar las obras correspondientes al equipamiento social, deportivo o cultural. 2.2.5 El titular deberá contar, previo a la venta de la tierra, con la aprobación expresa, del Municipio o de la Provincia para aquellos casos de localizaciones fuera de ejidos municipales. Dicha aprobación estará sujeta al cumplimiento de las condiciones precedentemente mencionadas.”

Seguidamente el capítulo III contiene normas sobre derecho reales. Así, se lee: “ARTICULO 3°.- AREAS COMUNES Y PRIVADAS. En las Lotificaciones Agrestes, el área común y el área de viviendas deberán guardar una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica. Las unidades del área de viviendas podrán enajenarse en forma individual siendo los derechos de cada propietario sobre las partes comunes inseparables del dominio de su respectiva unidad. ARTICULO 4°.- AREA COMUN. Una entidad jurídica que integren o a la que se incorporen los propietarios de cada unidad parcelaria con destino residencial, será titular del dominio de las áreas recreativas o de esparcimiento y responsable del mantenimiento que haga a la prestación de los servicios generales. 4.1 Sus estatutos deberán incluir provisiones expresas referidas a la incorporación de los adquirentes de cada parcela, representación deberes y derechos de los miembros; administración del área, determinando el carácter dominante, social, cultural o deportivo de la misma y definiendo la forma en que se afrontarán los gastos comunes y toda otra disposición tendiente a asegurar el correcto funcionamiento de la entidad. 4.2 Con simultaneidad a la transmisión del dominio de cada parcela perteneciente al área de vivienda, deberá constituirse el derecho real e servidumbre de uso sobre las áreas de esparcimiento.”

Vemos que luego de definir a las aldeas turísticas y a las lotificaciones agrestes, adopta la forma de combinar derechos reales de dominio de una

persona sobre parcela o lote individual unido al dominio pleno de una entidad jurídica sobre calles y espacios sociales, recreativos, y otras partes comunes, y el establecimiento de servidumbres activas y pasivas cruzadas. No es difícil de advertir que la Legislatura chubutense aplica a través de la ley 4149 sancionada en 1995 el esquema dado por el decreto 9404/86 de la provincia de Bs. As. Con esto se cumple la predicción de algunos autores que afirmaban desde tiempo atrás que la alternativa a la propiedad horizontal representada por el decreto 9404/86 de Bs. As. podía aplicarse –y así pasó– en cualquier lugar del país¹¹. Además, doctrinarios como Mariani de Vidal, cuestionan el régimen de servidumbres para vincular las áreas de viviendas con las de esparcimiento y tránsito por cuanto importan una especie de usufructo perpetuo, vedado por el art. 2920 de nuestro Código Civil. De nuevo la ley provincial enfrentada a la norma nacional superior.

En Salta la ley 5602, publicada en junio de 1980, define al club de campo en estos términos: “Artículo 1. Se entiende por club de campo al complejo recreativo residencial que abarque un área territorial de extensión limitada y reúna las siguientes características básicas: a) Esté situado en área no urbana. b) Una parte significativa de la misma se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales, en contacto pleno con la naturaleza. c) La parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de viviendas individuales y/o agrupadas, de uso generalmente transitorio.”

El art. 8 expresa: “Las parcelas individuales serán del dominio exclusivo de sus legítimos propietarios. En cambio, los terrenos, infraestructuras y servicios comunes pertenecerán en condominio a aquellos, y su indivisión será forzosa en los términos de los artículos 2710 y siguientes del Código Civil. Los sectores y bienes comunes deberán ser claramente individualizados y especificados.”

La solución de la ley salteña es, en una suerte de derecho real sui generis, combinar el dominio individual sobre el lote o parcela con el condominio

¹¹ Andorno, Luis; Luna, Daniel y Frickx, Norberto, op. cit., p. 146.

sobre el área deportiva, recreativa y social.

En la provincia de Santa Fe, el decreto 1717/83 sobre clubes de campo sólo reglamenta sobre cuestiones urbanísticas, sin avanzar sobre formas de dominio a adoptar. No obstante, algunas municipalidades sancionan ordenanzas respecto de las urbanizaciones especiales. En Rosario el decreto 1542/00 reglamenta los Barrios Cerrados. La ciudad de Funes cuenta con legislación local para los clubes de campo a través de la ordenanza 144/98 y para los barrios cerrados mediante ordenanzas 181/00 y 190/00. La ciudad de Roldán mediante la ordenanza 271/98 regula la implantación de barrios cerrados, mientras que la ciudad de Granadero Baigorria lo ha hecho por medio de la ordenanza 1570/96 para los que llama complejos urbanísticos privados.

Son distintas las formas de dominio adoptadas. Una es el loteo convencional con parcelas en dominio pleno y con calles y espacios recreativos donados al Estado, pero manteniendo en el uso privado a estos espacios de acuerdo con una ordenanza municipal. Otra, loteo con parcelas en dominio pleno y calles y espacios recreativos en condominio entre los adquirentes de las parcelas. Es necesario que el Concejo Municipal permita que esas áreas permanezcan en el dominio privado. Las relaciones entre los titulares de las parcelas y el mantenimiento del condominio se logran a través de reglamentos especiales. Y finalmente el uso de la propiedad horizontal, con mecanismo implementado por la legislación catastral, imprescindible si se tiene en cuenta la imposibilidad de someter al régimen de la Ley 13512 a edificios a construirse.

Las distintas regulaciones locales de la provincia de Santa Fe en general toman como base la legislación de la Provincia de Bs. As, pero en lugar de circunscribirse a aspectos netamente urbanísticos, cual es su competencia, algunas de ellas han reglado cuestiones que pertenecen al Poder de policía Provincial, como ser aspectos registrales y, más aún, han avanzado sobre la forma de dominial a aplicar, lo que está reservado al Congreso Nacional¹².

¹² Andorno, Luis y Marcolini de Andorno, Marta, *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801*.

En tanto en Mendoza el poder de policía urbanístico es compartido entre la Provincia y sus municipios. La ley 4341 establece las condiciones generales para la urbanización y el parcelamiento de tierras. Esta legislación no contempla a las nuevas formas de propiedad especial.

La Municipalidad de Luján de Cuyo sancionó la ordenanza 1522-99 sobre “Reglamentación de construcción y financiamiento de los Barrios Cerrados en el Departamento”. La ley define al barrio cerrado como todo complejo urbanístico destinado al uso residencial con posible combinación de espacios asignados a esparcimiento y/o deporte en donde se solicite el control de acceso a los mismos. El art. 2 establece que los residentes de los barrios cerrados deberán constituir un consorcio según lo normado en la ley 13512 de propiedad horizontal, a fin de celebrar acuerdo con el municipio para obtener la custodia de las calles del barrio y establecer el tipo y formas de servicios que se prestarán. Se desprende que los barrios cerrados deberían conformarse bajo el régimen de la propiedad horizontal, no obstante el resto del articulado se refiere más a un conjunto de lotes que a las unidades de Propiedad Horizontal.

Las urbanizaciones especiales que se han ejecutado en la Provincia de Mendoza adoptan la forma del loteo convencional con permiso municipal de cierre perimetral y uso restringido de calles y espacios recreativos para los titulares de lotes del complejo o bien loteo convencional con condominio de indivisión forzosa.

Finalmente, en San Juan no existe una reglamentación particular para los barrios cerrados y clubes de campo, si bien estas urbanizaciones pueden ser encuadradas en las resoluciones n°196-DPDU-93 de la dirección de Planeamiento y Desarrollo Urbano y las Resoluciones n° 018-DGC-94 y n° 503-DGC-00 de la Dirección General de Geodesia y Catastro. Es un sistema de dominio y condominio.

3. Diversos problemas que se plantean. Intentos de solución

Comenzamos el análisis de la problemática de los clubes de campo y barrios cerrados que no están regulados por una ley nacional que satisfaga la exigencia del art. 75 inc. 12 CN y respete el principio codificado del *numerus clausus*. Para el estudio iremos, en una primera aproximación, moviendo la mirada desde el marco positivista legalista a la realidad y a la inversa, para al final tratar de esbozar una conclusión.

Como punto de partida es necesario señalar que el mercado estatalismo y el carácter estático de los derechos reales conducen a un derroche de ineficacia de la estructura normativa, tal la expresión de H. Hart, cuando surgen nuevos que no quedan subsumidos en el cerrado elenco legal. A pesar de eso, los hechos progresan y empujan a la sanción de normas locales que contradicen principios o figuras por inflación de tipos al forzar el antecedente jurídico para encuadrar la “nueva”¹³ realidad (tal el caso del decreto que autoriza la subsunción de los *countries* en la ley 13512) o por la combinación novedosa de distintos derechos reales y figuras contractuales existentes. A veces, se recurre al desvío del tipo legal que es utilizado con fines diversos a los previstos por el legislador, pero que satisface los resultados prácticos buscados (es el caso de la creación de una persona jurídica de acuerdo con las previsiones de la ley 19550 para la administración del club de campo).

En los dos últimos supuestos, aunque con distinto alcance, los particulares a través de su voluntad pretenden hacer ceder el monopolio estatal y central del derecho y entonces una norma rígida que regula derechos de propiedad busca ser elastizada o evitada a través de la participación en figuras negociales. El desarrollo de proyectos urbanísticos con notable influencia en la economía de mercado hace avanzar al ágil contrato frente al pesado derecho real, produciéndose la minusmodelación de este y la plusmodelación de aquel¹⁴.

Además, es de todos sabido que los emprendimientos deben

¹³ Se sigue hablando de novedosa realidad o nuevas formas de dominio para referirse a los clubes de campo y barrios cerrados que surgieron a mediados de 1.980.

¹⁴ Si viene señalando el paso relativo del tiempo de la ley y el estado nacional generalizados al del contrato y la empresa. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Lecciones de filosofía de Derecho Privado (Historia)*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2.003, p. 127.

comercializarse y para atraer a quienes invierten es necesario contar con un marco legal, aunque sea deficiente desde una estricta visión iusformalista, lo que se logra con la seguridad dada por viejas leyes que pretenden ajustarse como un traje a la realidad no captada por el sistema o con normas dictadas y acatadas en el mismo ámbito espacial donde se ejecuta el proyecto. En consecuencia, por la ineficacia de la actividad estatal central se desarrolla una normatividad opuesta a la idea constitucional de un único órgano productor de normas válidas¹⁵. Y surge esta paradoja: el fenómeno se origina por la ausencia del Estado Nacional, que no contiene al sector social que participa en algunos de estos conjuntos inmobiliarios, y son esos propios actores -empresarios, adquirentes, etc.- que al tiempo que en los hechos se alzan contra el monismo legalista, rígido y centralizado, aceptan la intervención del Estado provincial o municipal o comunal para el dictado de normas –inclusión hecha de las registrales- que otorguen cierta protección, certeza y seguridad.

Por otra parte, es destacable el fenómeno de la circulación de modelos y la ejemplaridad. Algunas leyes provinciales son sancionadas siguiendo a la letra otras leyes provinciales dictadas con anterioridad: reglamentos de un club de campo o barrio cerrado son copiados de manera casi textual estableciéndose una suerte de generalidad e identidad de los mismos; las conductas son imitadas y se multiplican y proyectan en el mismo plano. Sin embargo, no existe unicidad ni uniformidad cuando un mismo factum es calificado diferentemente según el lugar, haciendo del país una suerte de mosaico normativo en lo referido a clubes de campo y barrios cerrados. Es decir, no existe un choque inmediato entre normas de distintas jerarquías que contemplen el mismo supuesto (al principio ya afirmamos que existe carencia normativa a nivel nacional respecto a las urbanizaciones especiales), sino un problema generado por indebida apropiación de competencia¹⁶. Esto produce una pluralidad vertical, con normas del sistema superiores válidas¹⁷ que coexisten con normas

¹⁵ El Congreso Nacional en este caso.

¹⁶ Sería un supuesto de falta de habilitación para decirlo con los iusformalistas.

¹⁷ Nos referimos a la CN y al CC.

inferiores anulables¹⁸, y luego una diversidad horizontal, en cuanto un idéntico hecho tiene distinta naturaleza jurídica y regulación conforme el espacio en el que tenga asiento. Así, tratándose de un barrio cerrado, no es lo mismo el derecho real sui géneris de la ley salteña que la propiedad horizontal de la normativa mendocina.

Como resultado de lo descripto, una nueva paradoja. En la realidad se transgreden normas constitucionales¹⁹ cuando se acata la norma local inferior, anulable pero ínterin eficaz, con lo cual el seguimiento de normas provinciales no habilitadas constitucionalmente se opone al ordenamiento normativo formal, pero cubre simultáneamente una carencia legal del derecho sustancial. En otras palabras: la norma superior es extrínsecamente válida, pero ineficaz en los hechos porque es descalificada por comportamientos y conductas observados en la realidad, conductas que, al ajustarse a la norma inferior sobre la que pesa la tacha invalidez por inconstitucionalidad, la legitiman o, mejor aun, la dotan de eficacia para salvar el vacío provocado por omisión del legislador nacional²⁰.

Se presenta, de acuerdo con lo explicado, una suerte de tipicidad que podemos llamar anómala porque, aunque sin ley de fondo, las propiedades especiales tienen un contenido constante dado no solamente

¹⁸ La norma anulable es existente. En contra Ricardo Guastini para quien la invalidez formal apareja la inexistencia. Dice: "Los juristas suelen distinguir entre validez "formal" y validez "material". La validez formal supone la observancia sea de las normas que confieren un poder normativo, sea de las normas que disciplinan el ejercicio de tal poder. La validez material supone la observancia de las normas que determinan el ámbito de competencia y el contenido de la normación futura. Poco más o menos la misma distinción puede ser aplicada también a la invalidez. Se dirá inválida por razones "formales" una ley que no haya sido emanada del órgano competente y según los procedimientos debidos. Se dirá inválida por razones "materiales" (o "sustanciales") una ley que contraste con la Constitución por su objeto (la materia disciplinada) o por su contenido (el modo en que esa materia es disciplinada).

Ahora bien, mientras la invalidez material es una forma "débil" de invalidez, que no produce la inexistencia de la ley, la invalidez formal, por lo general, es una invalidez de tipo "fuerte" que, por regla, comporta nada menos que la inexistencia de la ley". Guastini, Ricardo, *En torno a las normas sobre la producción jurídica*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado n° 89, en línea:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/89/art/art9.htm#P15>.

¹⁹ Tanto las de construcción o producción que establecen en la Constitución de la Nación el procedimiento y la competencia para el dictado de reglas cuyo contenido sea un derecho real como las codificadas que enumeran taxativamente cuales son esos derechos reales.

²⁰ Es la unidad y jerarquía del sistema vs. la falta de plenitud. Bobbio, Norberto, *idem*, p. 152. También es interesante recordar la teoría de las fuentes sociales del Derecho de Raz y Hart.

por la práctica social del lugar donde se encuentran –lo que nos permitiría hablar de tipicidad social-, sino por la adecuación al esquema proporcionado por leyes y decretos provinciales y ordenanzas de los municipios e incluso disposiciones técnicas registrales.

En resumen, el legalismo positivista concibe al sistema como un árbol o cadena de normas que se inicia con la norma suprema a la cual se ligan las demás disposiciones de conformidad con los criterios de subordinación y competencia establecidos en la Constitución Nacional²¹. De tal modo, ante el avance de las provincias sobre cuestiones sustanciales reservadas a la Nación, a través de la regla de reconocimiento y las relaciones de superioridad, sistemáticamente se debería resolver la tensión por exclusión y primacía.

Conforme al análisis que hicimos combinada y simultáneamente desde la realidad y las normas, pensamos que recurrir a la supremacía normativa y tachar de anulabilidad o inexistencia sin más a leyes que se extralimitan en su dominio material de validez es un mecanismo cómodo, pero inexacto porque ignora la crisis de la pirámide kelseniana, no da solución y evita el diálogo de las fuentes. El problema que se plantea es arduo y complejo²².

Para tratar de elaborar una respuesta, y a pesar de que abusamos arriba del lenguaje de la teoría imperativa, parece necesario concluir que no puede hablarse de plurijuridismo desde el marco del monismo legalista²³. Hay una contradicción en los términos y un enfrentamiento profundo y sustancial entre una teoría del derecho estrictamente lógica y racional y otra que, sin despreciar la razón, se apoya también en la realidad vital. Se debe tratar de llegar a un justo medio entre el puro positivismo legalista y el sociologista, para lo cual tenemos que ver lo que dicen estos últimos.

Los iusrealistas parten de la idea que el Derecho –desde el punto de

²¹ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos* México, Raúl Márquez Romero Edición, 2.003, p. 32. en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=949>

²² Nicolau, Noemí Lidia, *Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual*, en Libro homenaje al Dr. Dr. Benjamín Pablo Piñón, Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2.004, p. 207.

²³ Sistema único y universal, monopolizado por el Estado porque, como dice Kelsen, nadie puede servir a dos señores.

vista de su génesis- surge y se distribuye en instituciones y organizaciones sociales, por ej. la propiedad (para lo que a nosotros nos interesa los barrios cerrados y los clubes de campo), y también en sistemas de acciones más o menos burocratizados, v.g una administración municipal o comunal, un registro público, etc, lo que implica una pluralidad de formaciones de sistemas sociales y concretos de acción, demostrándose que la fuente formal o estatal no es exclusiva ni suficiente²⁴. Esto conduce a que puede existir un derecho extraestatal, infraestatal, paralelo o colateral, concurrente, y también un derecho no estatal, es decir, un Derecho genuinamente social donde deba prestarse atención a las fuerzas sociales que constituyen la comunidad y actúan autorreguladoramente.

EUGENE ERLICH fue el primero en hablar de derecho viviente²⁵ y pluralidad de sistemas jurídicos. Para él, el derecho no es necesariamente producto del Estado y la parte más grande del derecho tiene su origen en la sociedad, como orden interno de relaciones sociales. La ciencia del derecho es inductiva, causal explicativa y en pleno contrato con la realidad, prescindiendo de las construcciones vacías. En orientación similar, para SANTI ROMANO, la sociedad ordenada y organizada es institución; antes de ser norma estatal el derecho es organización. Le siguen en la admisión del pluralismo, GEORGES GURVITCH, JEAN CARBONNIER, ANDRÉ JEAN ARNAUD, BONAVENTURA DE SOUSA SANTOS y su interesante pluralismo cultural, y BOBBIO, quien es normativista pero no estatalista.

El debate tan rico nos lleva a pensar que la idea de un sistema jurídico monocentrista, estatal y piramidal, que tenía razón de ser a partir de la formación de los estados modernos, entra en crisis y por eso debe admitirse la construcción plural y el diálogo de las fuentes. El derecho de la postmodernidad va desde la pirámide racionalista, deductiva y lineal, pasa por el embudo y la idea de heterarquía, rizoma o anastomosis y llega a

²⁴ Krawietz, Werner *El concepto sociológico del Derecho*, trad. de Ernesto Garrzón Valdés, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho nº 5 (1.988), p. 268. También Ciuro Caldani, Miguel Ángel, op. cit., p. 127 y ss.

²⁵ Puede verse la crítica de Kelsen, Hans en *Una fundamentación de la sociología del Derecho*, Doxa-12 (1.992). en línea:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_07.pdf

la idea de red o sistema²⁶. Sin dudas, el pluralismo de esta hora lleva a la tensión derecho duro- flexible (CARBONNIER), derecho formal -informal, orden y desorden, y el juego dialéctico-paradójico uno por el otro o uno y otro, e impone también un nuevo modelo de juez y de legislador.

Se advierte que en materia de propiedad esto supone normas en un mismo territorio que se contradicen y quiebran la hegemonía: una reclama obediencia por su jerarquía a pesar de su menor eficacia, la otra tiene menor jerarquía pero mayor efectividad; es una u otra (¿o una con otra?)

Lo dicho puede conducir a un recorrido inverso porque serán, además de fuentes materiales o reales con toda su riqueza, las leyes provinciales, los decretos, las ordenanzas de los municipios y las disposiciones técnico registrales las que, señalando el camino, podrán empujar al dictado de una ley nacional²⁷, o bien, en caso contrario, coadyuvar a mantener el estado de cosas actual por la consolidación de conductas repetidas, esperables, por tanto calculables, y una eventual jurisprudencia de tribunales convalidante, pero no surgida ex nihilo, sino de la costumbre²⁸ y, aunque parezca un contrasentido, de la eficaz ley contra legem con la que muchas veces se fundamenta el fallo del magistrado²⁹.

Y es que los hechos no pueden ser ignorados por el Derecho. La carencia de un adecuado marco legal genera problemas que se solucionan

²⁶ Ost, François, *Júpiter, Hermes y Hercules: Tres modelos de juez*, p. 182. en línea: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf

²⁷ Sólo tenía estado parlamentario el proyecto de ley de propiedad urbana especial expte. 859-D-05 presentado por la diputada Hilda González de Duhalde.

²⁸ Kelsen considera la costumbre puede resultar derogatoria incluso de una norma constitucional. “El derecho consuetudinario y el derecho legislado se derogan recíprocamente según el principio lex posterior. Mientras, sin embargo, que una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una simple ley, sino sólo mediante una norma de nivel constitucional, el Derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también respecto de una norma constitucional formal, hasta con respecto de una norma constitucional que expresamente excluya el derecho consuetudinario”. De esta manera Kelsen admite un hecho irregular que algunos sostienen tiene efecto disolutorio de su teoría pura. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Trad. Moisés Nilve, Bs. As, Eudeba, 4^oed. 5^o reimp., 2006, p. 237.

²⁹ Pueden verse distintas doctrinas judiciales en: CNac Civ., sala B, 14/09/1990 Mapuche Country Club v. De Minicis, Ubaldo en Lexis N° 2/11251; CNac. Civ., sala A, 02/06/1989, Mapuche Country Club v. López de Marsetti, Hebe E. y otros en Lexis N° 2/21431; entre otros.

con voluntad e ingenio, porque es el deseo de todos mantener en funcionamiento los clubes de campo y los barrios cerrado a lo largo del tiempo³⁰. Los comportamientos sociales deben ser revalorizados para la evitación de conflictos y como regulación, atendiendo a que las normas locales son obedecidas porque se viven socialmente como útiles y obligatorias. Si a eso sumamos las prácticas registrales, se advierte que el legiscentrismo sólo no puede cambiar la vida³¹. La ley como fuente principal y la subestimación del derecho judicial propio del positivismo más ortodoxo está perdiendo lugar.

Hace tiempo se observa que de hecho el juez crea -o recrea- el derecho, a pesar de la supremacía de la Constitución y Código Civil y de la obligación de decidir conforme las reglas previamente puestas, y esto es una realidad innegable dentro del actual sistema³². Se descubrió, así enseña Carnelutti, que el momento decisivo de la vida del derecho es el fallo judicial. La sentencia o práctica de los tribunales de resolver de determinada manera más las ya dichas prácticas sociales en sentido amplio (juristas, funcionarios, comunidad) recategorizan la costumbre como fuente³³, algo tan caro al derecho del *Common Law*. A eso, hay que agregarle el indudable peso de la doctrina.

Consecuentemente, fuerza es reconocer el cambio de método y del recorrido en la jerarquía de normas, y si antes era de lo mayor a menor y con una cúspide, hoy puede ser al revés o al menos distinto. Se desprende claro el enfrentamiento entre racionalidad, abstracción, previsibilidad del legislador, por un lado, y empirismo, jurisprudencia creativa para el caso concreto e inflación legislativa y reglamentaria, por el otro.

Pensamos que es necesario superar el enfrentamiento con el diálogo

³⁰ Mariani de Vidal y Abella, Adriana, *Clubes de campo y barrios cerrados. Cerramiento y vías de circulación interna*, LL 2.005-E, Sec. Doctrina, p. 1083.

³¹ Puede verse Mosset Iturraspe, Jorge, *Derecho y economía.(Una difícil convivencia)* en Revista de Derecho privado y comunitario. Derecho y Economía. Revista n°21, Rubinzal Culzoni, Bs. As, 1.999.

³² Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2.004, p. 57

³³ Delgado Pinto, José, *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*, p. 155 y ss. en línea: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630233495944102257/cuaderno7/doxa_7_05.pdf

entre razón y acción. Como dice J. ARNAUD, reconocer los cambios para no insistir con un derecho que estaba preparado para la paz burguesa, pero no para la complejidad de la presente época. Para las revueltas de las prácticas jurídicas el jurista ligado a la tradición romano-canónica no está preparado y es reacio a abandonar el viejo esquema positivista normativista que está fuera de uso³⁴.

En conclusión, se acepta un significado mucho más amplio de fuentes del derecho, se acercan las reales a las formales, se jerarquizan más a las primeras, se admite la eficacia de leyes inferiores y se comprende mejor cómo funcionan las normas. Búsqueda del equilibrio para no ir a los saltos, en un vaivén reduccionista desde la norma positiva a lo que algunos llaman derecho espontáneo: ni tanto ni tan poco. Es necesario estar atentos.

³⁴Arnaud, André Jean, *Los juristas frente a la sociedad (1.975-1.993)*, Doxa 15-16 (1.994), p. 1.006, en línea: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/vollI/doxa15_27.pdf
