
APOSTILLAS AL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

*Elían PREGNO**

Fecha de recepción: 1° de agosto de 2015

Fecha de aprobación: 24 de agosto de 2015

Resumen

Este trabajo presenta una serie de reflexiones en torno al reciente proceso codificador que ha seguido el Derecho Privado en la Argentina.

La tradición jurídica milenaria vive en el Derecho Privado, cuya amplitud material es enorme. Por eso, tomar razón de la magnitud de las intervenciones reglamentarias formales en tan caro filamento de la cultura es más que suficiente para extremar recaudos a la hora de impulsar modificaciones. Además, entendemos que la obra de Vélez Sarsfield constituye un paradigma no agotado todavía.

Por otro lado, es posible que la unificación civil y comercial resulte extemporánea ante el planteo neoconstitucional.

Palabras clave

Derecho Privado – codificación – neoconstitucionalismo

* Doctor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), área Filosofía del Derecho. Magíster y Especialista de la Universidad de Buenos Aires en Elaboración de Normas Jurídicas. Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires. Investigador y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. E-mail de contacto: epregno@derecho.uba.ar

NOTES ON THE NEW ARGENTINE CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Abstract

This paper presents a series of reflections on the recent codification process followed by Private Law in Argentina.

The ancient legal tradition lives in Private Law, the material amplitude of which is huge. Therefore, in order to acknowledge the extent of formal regulation interventions in such an expensive filament of culture, extra precautions should be taken when implementing modifications. Furthermore, the work of Vélez Sarsfield is a paradigm that has not exhausted yet.

On the other hand, it is possible that civil and commercial unification may result extemporaneous in front of the neoconstitutional pose.

Keywords

Private Law – codification – neoconstitutionalism

I. Introito

1. Con entusiasmo, compromiso y gratitud —en idénticas proporciones—, respondemos a la invitación de EN LETRA para verter, tan ordenadamente como nos resulta posible, una serie de reflexiones en torno al reciente proceso codificador que ha seguido el Derecho Privado en la Argentina.

2. Los acápites que estructuran el escrito condensan el núcleo duro de la anotación que en cada uno de ellos se intenta, de modo que *ab initio* se convida al lector con la conclusión y por eso mismo se prescinde de un apartado final que las ofrezca, como es de estilo.

Son tres las cuestiones tratadas. Ningunas de ellas guarda intencionada conexión entre sí, mas todas se enrolan en la teoría y en la práctica de la elaboración de las normas jurídicas,¹ en tanto disciplina de la teoría general y la filosofía del Derecho. El orden en el

1 Cfr. BENTHAM (2000); BULYGIN (1991); CIURO CALDANI (2008); MUÑOZ y HABA (2007).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

que se exponen es arbitrario y en nada mutaría el sentido global de estas líneas si se optase por intercalarlas.

II. La tradición jurídica milenaria vive en el Derecho Privado

3. Se ha dicho —a nuestro juicio, con razón— que la tradición jurídica milenaria vive en el Derecho Privado; y, al límite con la insolencia, agregamos que el resto de las ramas jurídicas han imitado la metodología *iusprivatista* en lo que a estructura de razonamiento respecta, sobre todo a partir de la identificación de elementos subjetivos, objetivos, formales y volitivos.

Salvando debidamente las distancias, puede decirse que el esclarecimiento metódico se propagó a lo largo y a lo ancho del interior del mundo jurídico.² En efecto, se replicó —con sus bemoles— en las más jerarquizadas ramificaciones del Derecho Público, principalmente en la morfología prototípica del acto administrativo y en los diseños propios de la teoría del delito. Después de todo, no se trata sino de asumir con sentido humanista problemáticas como el tiempo, el azar, la causalidad de los acontecimientos, la adjudicación o el hallazgo (según el lector se incomode menos) del sentido último de las cosas; en suma y evocando a Max SCHELER, indagar el puesto del hombre en el cosmos.³

4. La teoría general de los hechos y los actos jurídicos ha sido magistralmente expuesta en los códigos decimonónicos, especialmente en el napoleónico, y cristaliza la sabiduría forjada al calor de la experiencia romanista.⁴ Luego, al otro lado del Canal de la Mancha

² Cfr. ALTERINI (1998); AQUINO y BARBADO VIEJO (trad.) (1959); ARISTOTELES y SAMARANCH (trad.) (1964); BACIGALUPO (1999); BARCIA LOPEZ (1951); BOQUERA OLIVER (1986); BORDA (1966); CAPITANT y TARRAGATO y CONTRERAS (trad.) (1922); COSSIO (1969); DIEZ (1961); DONNA (1995); DRAPKIN (1943); GORDILLO (1969); HALPERIN (1929); HAURIUO (1927); IACCARINO (1933); JAKOBS (1997); KANT (1978); KELSEN (1945); LAJE (1954); NINO (1987) NUÑEZ LAGOS (1961); RIPERT y BOULANGER (1964); RIVALTA (1960); ROXIN (1997); SPOLANSKY (1969); SOLER (1940); TORREZ VASQUEZ (1998); VIDELA ESCALADA (1968); VIGO (h.) (1983); ZAFFARONI (2000), entre otros.

³ Cfr. SCHELER (1938).

⁴ Cfr. BANDILEONE (1884); BUCKLAND y MCNAIR y CREMADES UGARTE (trad.) (1994); CARAMES FERRO (1975); CASTIGLIONE (1996); DI PIETRO (1996); DI PIETRO y LAPIEZA ELLI, (1982); IGLESIAS-REDONDO (1987); IHERING (1891); LOUZAN DE SOLIMANO (1983); MOMMSEN (1999); entre otros.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PREGNO, E. (2015) "Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", pp. 32-49.

germinó el *common law*, mientras que hacia el continente floreció una dogmática capaz de contener los despliegues del sistema romano justiniano-germánico.⁵

5. La amplitud material del Derecho Privado es enorme, en el sentido de que efectivamente excede a las normas, desde que (casi) la totalidad de la vida de un hombre queda bajo su órbita: la concepción, el nacimiento y la muerte; la minoría de edad, la vida adulta y la vejez; el matrimonio, los hijos y la familia; las contingencias de la enfermedad, la incapacidad y la decisión por otros; la propiedad, el contrato y el intercambio de bienes y servicios; la gratuidad, los créditos y las deudas y el infortunio patrimonial; la libertad de asociarse, el respeto al elemento extranjero y la creación y la inventiva; la protección del débil, el daño y el dominio de la naturaleza; etc. Y así podríamos enumerar tantas proyecciones vitales como individuos dispuestos a hacerlas conscientes y explicitarlas. De ahí que no sea exagerado advertir que *el Derecho Privado nos ataja antes de nacer y nos persigue después de muertos*.

6. Tomar razón de la magnitud de las intervenciones reglamentarias formales en tan caro filamento de la cultura es más que suficiente para extremar recaudos a la hora de impulsar modificaciones. "Tocar" el Derecho Privado positivo guarda un efecto equiparable al que trae consigo una reforma constitucional pero en sentido material,⁶ desde que impacta en la facticidad de la juridicidad.

7. Interrogarse acerca de por qué un hombre debe obedecer a otro hombre implica escrutar relaciones interpersonales que hacen pie o en el uso de la fuerza o en la disputa por el poder. Desde luego que no desconocemos el carácter multívoco de las palabras, pues en última instancia todo se reduce a la construcción de los términos fuerza y poder; empero, a los fines de este trabajo, reservamos la primera para las situaciones en las que se emplean medios de acción directa para modificar los hechos (por ejemplo, la guerra) y la segunda para aquellas en que la transformación de la facticidad no resulta inmediatamente de interacciones de orden físico sino de consecuencias mediatizadas por instancias discursivas (por ejemplo, la política).

⁵ Cfr. CIURO CALDANI (1993 y 2000a).

⁶ Sobre el particular, puede verse: BIDART CAMPOS (1969 y 1996) CIURO CALDANI (1976 y 1986) GOLDSCHMIDT (1987); LASSALLE (1957).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

8. Nos ocuparemos de estas últimas, de las relaciones de poder, donde éste puede presentarse: (a) concentrado en una de las partes, perfilándose interacciones de mando-obediencia, donde prima la asimetría y la imposición; o (b) desconcentrado y prorrateado entre los actores, delineando vínculos asentados en los acuerdos, donde se jerarquizan la simetría y la cooperación. He aquí el continente del Derecho, parcelado hacia un lado por la impronta que da la autoridad (inaugurando al Derecho Público) y hacia el otro por la idea de autonomía (privilegiando al Derecho Privado).

9. Hemos dicho ya que entendemos a “lo jurídico” como un saber práctico encaminado a enlazar facticidades y normatividades (PREGNO, 2011). En este mismo lugar hemos afirmado que “el Derecho se erige en un instrumento de violencia simbólica, siempre entre sujetos autointeresados aunque con finalidades no siempre exteriorizables, para la resolución pacífica de controversias a partir de la organización sistemática y monopolítica de la coacción” (PREGNO, 2014: 60).

El *iuspositivismo* normativista considera elemento *jurígeno* definitorio a la coacción. Tal punto de vista nos resulta reduccionista, toda vez que desconoce la fuerza juridificante de los acuerdos, ensalza la figura de los órganos estatales en desmedro del protagonismo de los particulares y siembra confusión en torno a las nociones de norma, ordenamiento y ciencia del Derecho. De modo que no se trata de abandonar la base estatalista y coactivista, sino de enriquecerla a partir de la profundización de temples acuerdistas y autonómicos. Agregamos, entonces, que la conservación de la paz no sólo depende del uso monopolizado de la coacción, sino también de la concentración de la amenaza de impartir sanciones direccionadas y —tal vez, fundamentalmente— de la salvaguarda de un sistema que privilegie los acuerdos. Entedemos que ese horizonte de comprensión devuelve una idea más completa y acabada del Derecho, en la medida que integra los despliegues *iuspublicistas* y los *iusprivatistas*.

10. La *addenda* obedece también a la observación de la lógica ostensiblemente diversa que presentan las fuentes. El origen y el funcionamiento del contrato o del testamento difieren en lo que a vigencia y cumplimiento de la ley y el decreto respecta. El comporamiento de los primeros se nutre de principios tales como: la *privacidad* y la *autonomía* (de los sujetos y las manifestaciones de su voluntad); la *atipicidad* (del objeto); la *informalidad* (propia del negocio); la *supletoriedad*, la *flexibilidad* y la *inelasticidad* (de las fuentes), mientras que las mandas de los poderes constituidos del Estado afincan en: la *publicidad* y la *heteronomía* (de los funcionarios y los actos de gobierno), la *tipicidad* (del

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PREGNO, E. (2015) "Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", pp. 32-49.

objeto), la *formalidad* (del proceso), la *imperatividad*, la *rigidez* y la *elasticidad* (de las fuentes) (PREGNO, 2009).

11. Finalmente, las relaciones cobijadas en el Derecho Privado canalizan la voluntad de las partes, en tanto las guarecidas en el Derecho Público expresan al orden público. De ahí que la judicialización de las primeras revele la faz patológica del Derecho, desde que la cantidad de causas que conocen los tribunales son una ínfima parte de los negocios jurídicos celebrados entre las partes; en tanto, la intervención del Poder Judicial en las segundas constituye el normal funcionamiento de la normativa oportunamente proyectada. Por ejemplo: un contrato no se celebra para que se trabe una cuestión litigiosa en torno a él; en cambio, "lo normal" ante un homicidio es la excitación de la jurisdicción.

III. El Código de Vélez como paradigma no agotado y un típico caso de *falacia secundum quid*

12. Codificar o no codificar ha sido una disputa que no ha reconocido límites espaciales ni temporales. Desde la que mantuvieron THIBAUT y SAVIGNY en la Alemania decimonónica⁷ hasta la que —sin forzar las comparaciones— por estos lares entablaron Alberdi y Vélez Sarsfield en la segunda mitad del siglo XIX.⁸ Por estos días, la discusión podría actualizarse ya no en términos de codificar o no, sino distinguiendo a cerca de si lo que se necesitaba era un código nuevo o un código reformado; en un nivel meramente intuitivo, nos inclinamos por esta segunda opción.

13. Elaborar normas en formato código lleva ínsita la pretensión de agotar la totalidad de una materia y, amén de la observancia de ribetes eminentemente técnicos, cuadra un análisis de viabilidad de la base cultural para contener la regulación. Siendo el Derecho un emergente de la cultura y, a la misma vez, un elemento rector de ella, corresponde escrutar los límites y las posibilidades de la realidad social como la resistencia y tolerancia de la conciencia moral.

⁷ Sobre el particular, puede verse: SAVIGNY y POSADA (trad.) (1946); THIBAUT y SAVIGNY (1940); CIURO CALDANI (1979)

⁸ Sobre el particular, puede verse: VÉLEZ SANSFIELD (1868); ALBERDI (1868). Además, cabe citar: CIURO CALDANI (2000b; 2015a y 2015b); GNECCO (2010).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

14. En atención a ello, embarcarse en una “reforma legislativa sensible” exige escudriñar dónde “apoyar” los productos que de ella resulten. Así, uno de los límites que debe observarse en el acto de “poner la norma” es el que distingue entre la capacidad del elemento población para “sostener” la regulación y otra es la opresión del ámbito personal por el sobrepeso de la normativa. En otras palabras: la ley, que —*per definitionem*— siempre es impuesta, pero (a) si la imposición cuenta con respaldo de la base cultural, el producto normativo se traduce como el resultado de un movimiento revolucionario; mas (b) si la imposición asfixia la base cultural, la manda se revela como despótica.⁹

15. A Dalmacio Vélez Sarsfield le tocó colocar las bases fundacionales del Derecho Privado positivo argentino, situación que no se advierte ni por asomo en la actualidad. Según nuestro parecer, no se registran mutaciones especiales en el complejo de “lo real” (omnicomprensivo de los ámbitos espacial, temporal, personal y material) que ameriten el dictado de un nuevo código, sin perjuicio del *aggiornamento* necesario que hubiesen merecido los códigos —el civil y el comercial— sustituidos. Fundamos la intuición en dos aceptables indicadores que permiten monitorear los despliegues del “derecho vivo”, a saber: (a) la homogeneidad de una jurisprudencia relativamente estable y concienzudamente encargada del funcionamiento jurídico; y (b) la doctrina más vanguardista hallaba sosiego en una estrategia legislativa que se había encaminado decididamente por la elaboración de regulaciones especiales para ajustar los estándares normativos a una sociedad en permanente transformación.

16. Tomemos por caso las resoluciones judiciales de los tribunales con competencia en lo civil y en lo comercial, dictadas a lo largo y a lo ancho del país durante los últimos —por ejemplo— cinco años, y relevemos las tachas de inconstitucionalidad recaídas sobre el articulado del código derogado. O, también, según lo informa la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, entre 1912 y 2013 se dictaron 407 fallos plenarios en ese fuero.¹⁰ Con reformas señeras mediante: como la que significó la ley 17.711 o —un poco más adelante— como la que trajo consigo la ley 23.515 y, más recientemente, la promovida por la ley 26.618, en un siglo se hizo necesario fijar doctrina judicial en 407

⁹ Sin ánimo de polemizar, es posible advertir en la experiencia constitucional de 1949 un antecedente de ello en la historia jurídica argentina más o menos reciente (si bien la razón alegada de la derogación obedeció a vicios formales). Entreveremos que la sociedad argentina no atraviesa un momento oportuno para contener una reforma de la envergadura intentada.

¹⁰ Cfr. [http://www.ccc.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=72896&CI=INDEX100], consultado el 30.07.2015.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PREGNO, E. (2015) "Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", pp. 32-49.

oportunidades para un cuerpo normativo integrado por 4051 artículos. Puede afirmarse que no se detectan "situaciones límites" para la eficacia de dicho cuerpo normativo, desde que no se registran desencuentros irreconciliables en la jurisdicción. Ni declaraciones de inconstitucionalidad por doquier, ni vacíos imposibles de colmar, ni contradicciones intransigentes. Pues bien, a partir del 1° de agosto, se introducirá todo y en ese orden, sin la más absoluta necesidad de hacerlo.

17. La estrategia legislativa de incluir regulaciones especiales torna permeable al hermetismo propio del "formato código", desde que habilita vasos comunicantes entre la norma y la realidad que facilitan la adaptabilidad al cambio social. La fluidez entre un empréstito legislativo audaz y los segmentos del mundo que se propone reglar, se consigue a través de las leyes especiales, que operan como "válvulas de escape" del sistema. Entendemos que la codificación exige tanta autosuficiencia como flexibilidad, pues condensar la totalidad de la materia iusprivatista en un mismo y único código demanda un diseño lo suficientemente "poroso" como para garantizar la oxigenación del proceso codificador.

18. Las *relaciones codificantes* suponen la articulación de intereses con "los codificados". El ámbito material y —hasta cierto punto— el temporal y el espacial pueden organizarse verticalmente. Sin embargo, advertimos que conviene horizontalizar las disposiciones que atienden el ámbito personal, toda vez que promovemos preferentemente un abstencionismo que no se pronuncie por la imposición de ningún modelo de virtud.¹¹ Del éxito en la recepción, contención, gestión y satisfacción de las demandas externas, dependerá la tan mentada efectividad de los derechos.

19. Ya en este punto, no podemos ocultar la extrañeza que nos genera la inversión de los procesos que supone: primero, haber pavimentado el Código Civil de legislación especial; y, después, sancionar un nuevo Código Civil. Vale decir: no alcanza a comprenderse cuál es el sentido de haber impulsado reformas e innovaciones legislativas si después estaba prevista la sanción de un nuevo Código Civil. O bien no existía planificación alguna, o bien no se entiende qué sentido tuvieron: la modificación a la ley de trasplantes; la ley de niños, niñas y adolescentes; la ley derechos de los pacientes (y al mismo tiempo y por separado: una para

¹¹ Cfr. CIURO CALDANI (2007); NINO (1989).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

celíacos, otra para diabéticos y aguarda todavía la suya la del infarto de miocardio);¹² la ley de identidad de género; la ley de reproducción médicamente asistida; la ley de matrimonio igualitario; la ley de salud mental... Nos inclinamos por la primera opción: es posible que no haya habido planes para sancionar un nuevo Código Civil; mas no por eso puede dejar de señalarse el sinsentido de las reformas parciales introducidas y el débito que se genera hacia adelante, pues la subrogación de la ley 340 por la ley 26.994 genera oquedades en torno a la normativa especial complementaria de aquélla. Esta situación debe atenderse especialmente y sin demora. Por ejemplo:¹³ la ley 22.990 (Ley de Sangre) conserva plena vigencia y en su artículo 44, inciso b), manda que “los menores de dieciocho (18) años deberán contar con la autorización de sus padres o de sus representantes legales”, siendo que el nuevo Código establece en el último párrafo del artículo 26 que: “[a] partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Un principio de solución lo trae el artículo 963, que fija el orden de prelación normativa:

[c]uando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

Ahora bien: en primer lugar, no puede obviarse que mientras el diferendo apuntado se debate en las arenas de la extrapatrimonialidad propia de los derechos personalísimos, esta previsión se encuentra inserta en el Capítulo 1, Título II, del Código Unificado; o sea: allí

¹² Aun acordando plenamente con el reconocimiento en la existencia del paciente como sujeto de derecho y validando las estrategias de empoderamiento de los colectivos sociales que reclaman por sus derechos, no nos cansaremos de decir que no es racional legislar por patología: en primer lugar, porque deberíamos pensar en millones de ellas; en segundo lugar, porque nos resulta dudosamente posible admitir que se forjen derechos a partir de enfermedades particulares. Dictar una ley para cada dolencia nos resulta irracional desde la política jurídica y, en algún sentido, sospechoso desde lo ideológico: todas las personas tienen derecho a que se les atienda la salud y no necesitan acreditar enfermedades para eso, so pena de “distinguir” entre ellas.

¹³ El autor agradece esta aguda observación a la Dra. Yolanda Hartmann, Jefa del Servicio de Hemoterapia del Hospital Provincial de Rosario, en ocasión de la “Jornada Debate Preguntas y Respuestas para los Profesionales ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil”, organizadas por el Instituto de Derecho de la Salud y Bioética del Colegio de Abogados de Rosario y desarrolladas el día 30 de julio de 2015 en el Auditorio de la Bolsa de Comercio de Rosario.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PREGNO, E. (2015) "Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", pp. 32-49.

donde se legislan las disposiciones generales de los contratos. En segundo lugar, la respuesta parecería estar en el inciso a) del artículo 963; vale decir: prevalecen las normas indisponibles de la Ley de Sangre y del Código; sin embargo, advertimos: (i) la concurrencia es excluyente: o se aplica la una o se aplica el otro; (ii) el hecho de citar primero a la ley especial y luego al Código, ¿habilita a resolver en el entendimiento de que aquélla desplaza a éste? Si es así, en este caso, se descarta el principio general del derecho que privilegia a la ley posterior por sobre la anterior y abraza al que privilegia a la ley especial por sobre la general; no obstante, cuadra preguntarse si la enumeración del inciso (a) se ha propuesto desplazar a las "normas indisponibles" del Código.

20. No parece razonable que sean las leyes especiales que se dictaron las que permitan concluir sin más la necesidad de voltear la elaboración de Dalmacio Vélez Sarsfield. Más todavía, dichas mandas se sancionaron con arreglo al Código entonces vigente y con el afán de introducir determinaciones a las previsiones generales de aquél. En esa línea de pensamiento, no puede ser la reivindicación de derechos el argumento para reformar el Código Civil, cuando ha sido bajo el imperio de aquél (aunque reformado) que se logró reconocer prerrogativas a favor de colectivos recientemente aparecidos y/o devolverlas a otros tantos históricamente postergados. Por otro lado, desde el punto de vista lógico, constituye un típico caso de falacia *secundum quid* afirmar que: dado que se necesitan ajustes parciales, se requiere un Código nuevo. Tal conclusión no se sigue de las premisas.

No nos cabe duda: la obra de Vélez, con arreglos, todavía conserva la potencia para realizar sus fines, con independencia de la fecha en que se redactó originalmente. Decimos esto para invalidar el justificativo que se esgrime con apoyo en el año de su sanción. Si tal posición se aceptase, debería reemplazarse totalmente la Constitución Nacional, que se dictó en 1853; mas no, han sido sucesivas enmiendas las que le permiten pervivir.

Con este panorama, nos animamos a calificar a la obra velezana como un paradigma no agotado todavía.

IV. La extemporaneidad de la unificación civil y comercial ante el planteo neoconstitucional

21. Las relaciones entre economía y política jurídica se divisan palmariamente en los orígenes del Derecho Comercial,¹⁴ rama iusprivatista inventada por la burguesía naciente, necesitada de una ley especial y un juzgador con competencia exclusiva que le garantizase el normal funcionamiento de los despliegues de un modelo económico específico. En esa inteligencia, para no andar con dinero encima y exponerse al pillaje, inventaron la letra de cambio. De la misma manera, para comprender más acabadamente los justificativos de un instituto como la bancarota, es necesario reparar en que dedicar la vida a una empresa suponía afectar la fortuna personal a los negocios y convenía minimizar los riesgos que pudiesen afectar el patrimonio familiar.

22. Proyectando estas ideas a un horizonte más radical, diríamos que la configuración misma del mosaico de estados-naciones —tributario de la modernidad— fue funcional al capitalismo, desde que se erigió en el dispositivo de seguridad que la economía naciente necesitaba, pues: es sabido que el capital, sin seguridad, no marcha. Ergo, si el diagnóstico no es errado, tal vez podamos explicar por qué el Estado ha quedado descartado del elenco protagónico globalizado, jugando papeles más bien marginales. Un cambio de orden estructural como el que importa la idea de gobernanza,¹⁵ probablemente se explique en la estrategia organizacional que debe ensayar el capitalismo post-financiero.

23. Es probable que estemos ahora ante la formación de otra entelequia, pero esta vez supraestatal y con pretensiones de armonizaciones universalizadoras; basta con reparar en los organismos internacionales no estatales que en la actualidad existen y que, a veces, tienen mayor fuerza que algunos varios países. Así, la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos o la Unión Europea, parecen marcar el rumbo en materia de Derechos Humanos. Luego, no puede soslayarse la estelaridad creciente de otros entes, tal vez más influyentes, como es el caso de la Organización Mundial del Comercio o el Instituto Internacional por la Unificación del Derecho Privado, cuyas pautas, si bien se las enmarca como de *derecho débil*, puede que tengan más fuerza que las elaboradas por los parlamentos de algunos Estados. Por ejemplo: el contrato de franquicia sigue las reglas de

14 Sobre el particular, puede verse: REHME (1941). Además, para este acápite nos valemos en gran parte de ideas ya vertidas en nuestro: PREGNO (inédito).

15 Sobre el particular, por ejemplo, puede verse: CERRILLO I MARTÍNEZ (2005).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PREGNO, E. (2015) "Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", pp. 32-49.

ese *derecho débil* delineado por UNIDROIT; caso contrario, es —al menos— sospechoso. Se trata de una intencionalidad homogeneizadora de las normas ante la atomización de la regulación en los distintos países, equiparable a la compilación de todo "el Derecho" en un solo Código al estilo justinianeo. La completitud de aquel Derecho Romano codificado se fue desagregando en distintas latitudes (si bien conservando las ideas liminares), siendo quizá la primera gran estandarización normativa.

24. Así las cosas, hay que sincerar que las propuestas de unificación civil y comercial celebraron este año en nuestro país sus 89 años. Efectivamente, se trata de planteos que irrumpieron entre nosotros apenas concluido el primer cuarto del siglo XX. Así, huelga el reconocimiento al anteproyecto elaborado por Juan Antonio Bibiloni en 1926. Diez años después, harían lo propio Lafaille, Martínez Paz, Repetto, Rivarola y Tobal. El Congreso jamás trató el proyecto. En 1954 tomaría la posta Jorge Joaquín Llambías, mas su proyecto quedaría trunco con la revolución libertadora y silenciado durante casi un quinquenio. No será sino con la recuperación definitiva de la democracia la que retomará la idea en seis oportunidades: (a) el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, cuyo derrotero comenzó en 1986 y se convirtió en la ley 24.032, íntegramente vetada por el presidente Menem mediante el decreto 2719/91 (hasta donde sabemos, se trata del único antecedente del mundo donde se manda redactar un código que luego se veta); (b) el Proyecto de Unificación de 1992, que obtuvo media sanción al año siguiente, aunque el trámite parlamentario quedó trunco; (c) casi en paralelo, por encargo del mismo Poder Ejecutivo que un año antes había vetado una iniciativa parecida, la Comisión Honoraria creada por decreto 468/92 preparó el Proyecto de Reformas al Código Civil; (d) nuevamente, el mismo presidente —por cuarta vez durante sus dos mandatos— creó en 1995 una comisión que redactó el denominado Proyecto de Código Civil de 1998; (e) luego, la resolución 1710/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación creó una nueva comisión para que se elaborara "un proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y de Comercio"; y, (f) finalmente, la actual gestión de gobierno, convocó por segunda vez a una comisión de juristas —designada por el decreto 191/2011— para que trabajara en un nuevo Código Civil y Comercial para la República Argentina. El texto fue aprobado por la ya reiteradamente aquí mencionada ley 26.994.

25. En la postrera cogitabunda, llamamos la atención sobre un dato que conviene no desatender: *mientras se unifica la ley aplicable se dispersa la jurisdicción*. Nótese que la "naturaleza" de la actividad mercantil trasuntó en la constitución de tribunales mercantes diferenciados y, hasta nuestros días, permanecen separados de los civiles. Pero hay más:

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

aún entre los juzgados civiles subsiste la partición entre los que atienden las cuestiones extrapatrimoniales de los que se dedican a las patrimoniales. Como si fuera poco, entre estos últimos, es posible desagregar en algunas jurisdicciones estrados tribunalcios que se ocupan exclusivamente de los daños encuadrados en la órbita extracontractual, como lo dispone la organización del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe. Y si de especailizaciones se trata, no puede obviarse la reciente creación de los tribunales (ya no arbitrales, sino judiciales) en materia de consumo ni los reiterados intentos por generar fueros exclusivos para la materia ambiental o, incluso, para el pujante Derecho de la Salud.

26. A nuestro entender, este movimiento centrípeto de la legislación puede reputarse extemporáneo si se considera que el *neoconstitucionalismo*¹⁶ ocupa el cénit de la teoría jurídica actual.

La constitucionalización pantónoma promovida, con fuerte apoyatura en el razonamiento por principios, explica la fuerza centrífuga seguida por la jurisdicción, en la medida que auspicia una jerarquización superlativa del rol de los jueces enderezada a la aplicación directa de los derechos fundamentales. Luego, puede leerse entrelíneas la especial significación adquirida por los procesos de selección de los jueces; cuando no, vaticinarse una encendida reaparición de postulados “exégeticos”.

Bibliografía

ALBERDI, J. (1868) “El proyecto de Código Civil para la República Argentina”, en *Obras Completas de J. B. Alberdi*, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1887, tomo VII, p. 80 y ss.

ALEXY, R. (1997) *El Concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa.

— (2002) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALTERINI, A. (1998) *Contratos. Civiles, comerciales y de consumo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

¹⁶ Sobre el particular, puede verse: ALEXY (1997 y 2002); BERNAL PULIDO (2006); GIL DOMÍNGUEZ (2005 y 2009); GUASTINI (2001); HÄBERLE (2007); PECES-BARBA MARTINEZ (1987); PÉREZ LUÑO (1995 y 1998); ZAGREBELSKY (1995).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PREGNO, E. (2015) "Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", pp. 32-49.

AQUINO, T. y BARBADO VIEJO, F. (trad.) (1959) *Suma teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.

ARISTOTELES y SAMARANCH (trad.) (1964) *Obras*, Madrid, Aguilar.

BACIGALUPO, E. (1999) *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi.

BANDILEONE, F. (1884) *Il Diritto Romano nelle Leggi Normanne e Sveve del Regno di Sicilia*, Turín, Bocca.

BARCIA LOPEZ, A. (1951) "Concepto y valor de la causa en el derecho legislativo y jurisprudencial de la Argentina", publicado en *JA* 1951-II-33.

BENTHAM, J. y PABÓN. C. (trad.) (2000) *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BERNAL PULIDO, C. (2006) *El Neoconstitucionalismo a debate*, en *Temas de Derecho Público*, N° 76, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá.

BIDART CAMPOS, G. (1969) *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar.

BOQUERA OLIVER, J. (1986) *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas.

BORDA, G. (1966) *Tratado de Derecho Civil Argentino: Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot.

BUCKLAND y MCNAIR y CREMADES UGARTE (trad.) (1994) *Derecho Romano y 'Common Law' (Una comparación en esbozo)*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Alvarez".

BULYGIN, E. (1991) "Teoría y práctica de legislación", en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 409 y ss.

CAPITANT y TARRAGATO Y CONTRERAS (trad.) (1922) *De la causa de las obligaciones*, Madrid, Góngora Casa Editorial.

CARAMES FERRO, J. (1975) *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Buenos Aires, Perrot.

CASTIGLIONE, J. (1996) *Las Lecciones del Derecho Romano o El Nacimiento del Derecho*. Santiago del Estero, Universidad Católica de Santiago del Estero.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2005) *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

- CIURO CALDANI, M. (1967) “Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones”, en *Dos estudios tridimensionalistas*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- (1976) *Derecho y Política*, Buenos Aires, Depalma.
- (1979) “Reflexiones sobre la ley y la costumbre”, publicado en *JA* 1979-IV-788.
- (1986) *Estudios Jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- (1993) *Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura*. Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- (2000a) *Estudios de Historia del Derecho*. Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- (2000b) “Aportes para la comprensión jusfilosófica del Código Civil de Vélez Sarsfield (Bases para su “análisis cultural”)", en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Bicentenario de su nacimiento (1800-2000)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 327 y ss.
- (2007) *Metodología dikelógica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- (2008) “Hacia la comprensión plena de la elaboración de las normas”, en *Investigación y Docencia*, N° 18, pp. 23 y ss.
- (2015a) “Despliegues tácticos de Teoría General del Derecho de la Constitución de 1853 y su reforma de 1860 y de los códigos civiles de 1869 y 2014”, en *Investigación y Docencia*, N° 49, pp. 107-39.
- (2015b) “El capítulo “Derecho” en el Código Civil y Comercial”, en *Investigación y Docencia*, N° 49, pp. 63-94.
- COSSIO, C. (1969) *La “causa” y la comprensión en el derecho*, Buenos Aires, Juárez Editor.
- DI PIETRO, A. (1996) *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma.
- DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, Á. (1982) *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma.
- DIEZ, M. (1961) *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA.
- DONNA, E. (1995) *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, Astrea.
- DRAPKIN, A. (1943) *Relación de causalidad y delito*, Santiago de Chile, Ed. Cruz del Sur.
- GIL DOMÍNGUEZ, A. (2005) *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PREGNO, E. (2015) "Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", pp. 32-49.

— (2009) *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar.

GNECCO, E. (2010) *La legislación civil*, consultado en [academiadederecho.org.ar/pdfs/60.pdf] el 24.06.2015.

GORDILLO, A. (1969) *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

GUASTINI, R. (2001) *Estudios de teoría constitucional*, México, IJ-UNAM.

HÄBERLE, P. (2007) *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea.

HALPERIN, N. (1929) *Enriquecimiento sin causa: el principio en el Derecho romano*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.

HAURIOU, M. (1927) *Précis de Droit Administratif*, Paris, Recueil Sirey.

IACCARINOC. (1933) *Studi sulla motivazione: con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, Società Editrice del ForoItaliano.

IGLESIAS-REDONDO, J. (1987) *La técnica de los juristas romanos*, Madrid, Universidad Complutense – Facultad de Derecho.

VON IHERING, R. (1891) *El espíritu del Derecho Romano*, Madrid, Bailly-Bailliere.

JAKOBS, G. (1997) *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons.

KANT, I. (1978) *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

KELSEN, H. (1945) *Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma.

LAJE, E. (1954) *La noción de causa en el Derecho Civil*, Buenos Aires, Arayu.

LASSALLE, F. (1957) *¿Qué es una constitución?* Buenos Aires, Siglo Veinte.

LOUZAN DE SOLIMANO, N. (1983) *Curso de historia e instituciones del Derecho Romano*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano.

MOMMSEN, T. (1999) *Compendio del Derecho Público romano*, traducción de Pedro Dorado Montero, Pamplona, Analecta Editorial.

MUÑOZ Q. y HABA, E. (1996) *Elementos de técnica legislativa*, San José, Asamblea Legislativa - Centro para la Democracia.

NINO, C. (1987) *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

— (1989) *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Astrea.

NUÑEZ LAGOS, R. (1961) “La causa del acto administrativo”, en *Estudios en homenaje de Jordana de Pozas*, Vol. III. Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

PECES-BARBA MARTINEZ, G. (1987) *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Ed. Debate.

PÉREZ BOURBON, H. (2007) *Manual de Técnica Legislativa*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung.

PÉREZ LUÑO, A. (1995) *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos.

— (1998) *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos.

PREGNO, E. (2009) “Proliferación de normas en Derecho de la Salud: entre fenómenos inflacionarios y promesas fraudulentas”, en *Investigación y Docencia*, n° 42, pp. 111-22.

— (2011) “Justicia, utilidad y salud en el Estado de Derecho” en XAVIER, E., VELOSO, W. y XAVIER, W., *Direito e desenvolvimento no marco do Estado democrático*, Montes Claros, Inmensa, pp. 75-92.

— (2014) “Ideas generales para la construcción de una respuesta jurídica compleja, autónoma y transversal a los procesos salud-enfermedad-atención”, en *Revista En Letra*, Año I, número extraordinario sobre Derecho de la Salud, diciembre de 2014, pp. 57-81.

— *Teoría General del Derecho de la Salud* (inédito).

REHME, P. (1941) *Historia Universal del Derecho Mercantil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

RIPERT, G. y BOULANGER, J. (1964) *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley.

RIVALTA, M. (1960) *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore.

ROXIN, C. (1997) *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas.

SAVIGNY, F. y POSADA, A. (trad.) (1946) *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Atalaya.

SCHELER, M. (1938) *El puesto del hombre en el cosmos*, Buenos Aires, Losada.

SOLER, S. (1940) *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, El Ateneo.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

PREGNO, E. (2015) "Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", pp. 32-49.

SPOLANSKY, N. (1969) "Acción y causalidad", en BOFFI BOGGERO, L. *et al.*, *Ilicitud e indemnización*, Buenos Aires, Editorial J. Alvarez.

THIBAUT, A. y SAVIGNY, F. (1940) "La codificación civil en Alemania. Opiniones de Thibaut y Savigny", en *La reforma del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Sec. Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

TORREZ VASQUEZ, A. (1998) *Acto Jurídico*, Lima, San Marcos.

VÉLEZ SANSFIELD, D. (1868) *El folleto del Dr. Alberdi*, consultado en [<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-folleto-del-dr.-alberdi>] el 24.06.2015.

VIDELA ESCALADA, F. (1968) *La causa final en el Derecho Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

VIGO, R. (h.) (1983) *Las causas del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

ZAFFARONI, E. (2000) *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.

ZAGREBELSKY, G. (1995) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta.