

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 ^(*)

1) Ideas básicas

1. Uno de los despliegues teórico-prácticos que ha de recuperar el planteo del Derecho de este tiempo es el de la *Estrategia Jurídica* ¹. Aprovechando una teoría y una práctica milenarias desarrolladas en otras áreas de la vida que parten del ámbito militar e incluyen los desenvolvimientos afines en la política, la economía, la educación, etc. hay que reconocer y desplegar la estrategia también en el Derecho. Es necesario atender a las fortalezas, las oportunidades, las debilidades y las amenazas ² para resolver la relación entre costo y beneficio y producir las estrategias y las *tácticas* debidas ³.

^(*) Notas parciales de la exposición del autor en la Reunión Abierta de la Cátedra C de Filosofía del Derecho y la Cátedra Interdisciplinaria Profesor Doctor Werner Goldschmidt del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario para tratar el tema de referencia (27 de noviembre de 2014).

¹ Se puede *ampliar* en nuestro trabajo “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/Estrategia/ESTRATEGIA%20JURIDICA1.pdf>, 21-11-2014. El número 46 de “Investigación y Docencia” es monográfico sobre Estrategia Jurídica, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/investigacionydocencia46.htm>, 21-11-2014.

² Se puede c. Matriz FODA, <http://www.matrizfoda.com/>, 12-12-2014.

³ Es necesario que a través de la teoría y la práctica, y sin desconocer la necesidad de aptitudes personales, se desarrolle la “experticia” de los estrategas, en este caso los estrategas jurídicos (entendemos como “experticia” la integración de experiencia y pericia, en relación con el concepto y otros próximos a él puede v. por ej. *experiencia*, *pericia* y

En este marco de necesidad de Estrategia Jurídica, nuestro grupo de docencia e investigación ha realizado diversas actividades y ha producido diferentes publicaciones. En la presente Reunión Abierta volvemos sobre el tema para referirnos a las Estrategias Jurídicas de la *Constitución de 1853 y su reforma de 1860*, el *Código Civil de 1869* y el *Código Civil y Comercial de 2014*.

Uno de los despliegues de la Estrategia Jurídica es el de las *tácticas* que se relacionan con el conjunto de las *ramas del mundo jurídico*, estudiadas en la *Teoría General del Derecho abarcadora*⁴ de las mismas y diferente de la Teoría General del Derecho referida a los contenidos *comunes* a todo lo jurídico⁵. A esta *parte* de nuestra exposición, de Teoría General del Derecho abarcadora, se refiere la presente noticia⁶.

Para lograr la exposición más esclarecedora del tema contamos con los aportes *tridimensionalistas* de referencia compleja de la “libre investigación científica” fundada por *François Génny* y la teoría *trialista* del mundo jurídico, cuya base fue sentada por *Werner Goldschmidt*⁷. Dentro del

experticia, alternativas a *expertise*, Fundación del Español Urgente, <http://www.fundeu.es/recomendacion/experiencia-pericia-y-experticia-alternativas-a-expertise/>, 9-12-2014.

⁴ Es posible *ampliar* en nuestras "Lecciones de Teoría General del Derecho", en "Investigación ..." cit., N° 32, págs. 33 y ss.

⁵ Que, según nuestro parecer, son tridimensionales.

⁶ Notoriamente no pretendemos hacer una historia de las tácticas en cuanto a las ramas del mundo jurídico en la Argentina, sino exponer *muestras* para apreciar la importancia de la consideración táctica de las mismas. Lo manifestado en la Reunión, referido a la Teoría General del Derecho abarcadora, es expresado con tipos mayores.

⁷ Es posible v. por ej. GÉNNY, Francisco, "Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo", 2ª. ed., Reus, Madrid, 1925; "Science et Technique en droit privé positif", París, Sirey; cabe *ampliar* en nuestro artículo "La teoría y la práctica de la elaboración de normas jurídicas en la Universidad", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 31, págs. 9 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/1311/1447>, 10-10-2014. Planteamos en este caso la estrategia atendiendo a las enseñanzas tridimensionalistas de libre investigación científica de Génny y el integrativismo tridimensionalista de la teoría *trialista* del mundo jurídico fundado por Werner Goldschmidt (acerca de la teoría *trialista* del mundo jurídico cabe c. v. gr. GOLDSCHMIDT, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); "Justicia y verdad", Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Buenos Aires, Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos",

desarrollo de la teoría trialista cabe hacer referencia a los planteos de lo *común* al mundo jurídico, con sus dimensiones normológica, sociológica y dikelógica, a las *especificidades* materiales, espaciales, temporales y personales y a la teoría de las *respuestas jurídicas*. Las *especificidades materiales* se manifiestan en *ramas jurídicas*.

II) *Las tácticas de Teoría General abarcadora en la Constitución de 1853 y su reforma de 1860*

a) *Las circunstancias y la estrategia*

2. La estrategia central que adoptó la *Constitución Nacional de 1853* reformada -con anticipación a lo previsto- en *1860* se manifiesta en medida muy considerable en el *Preámbulo*⁸. Se apoya en mucho en la percepción de

Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 10-9-2014; “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, 10-9-2014; “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 9-9-2014; “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/EstudiosJuridicosdelBicentenario.pdf>, 19-9-2014; “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 10-9-2014; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, t. 2008-B, págs. 782 y ss.; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 12-9-2014; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 12-9-2014; Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index,12-11-2014>). En base a estos aportes es posible establecer el *jurianálisis* de los individuos, los grupos y las *obras jurídicas*, como el que planteamos, de manera muy sintética, en cuanto a la Teoría General del Derecho abarcadora respecto de la Constitución de 1853/60, el Código Civil de 1869 y el Código Civil y Comercial de 2014.

⁸ “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en

lo “*dado*” con referencia principal a la confluencia del país en Buenos Aires. Como lo expresa el propio nombre “Río de la Plata”, la Argentina fue pensada de manera muy considerable en relación con la desembocadura de la *Cuenca del Plata*. Esa percepción estaba ya presente en la formación colonial del Virreinato⁹. Para lograr la primacía de Buenos Aires, muchas veces discutida y otras más impuesta, se libraron grandes luchas que, incluso, culminaron al tiempo de la formación del país en la traumática separación del Uruguay¹⁰.

Los *factores de poder*¹¹ más importantes eran, por ejemplo, los grupos vinculados al puerto de Buenos Aires, ansiosos del desarrollo capitalista mercantil; la Iglesia Católica; los terratenientes de la pampa; sectores del interior, en vías de empobrecimiento, y la masonería¹². Había una contradicción importante entre la estructura *en gran medida feudal* y las *posibilidades más capitalistas* que se iban generando, incluyendo las de la Revolución

cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.” Infoleg, <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>, 10-9-2014. Es posible v. el texto actual de la Constitución además por ej. en Political Database of the Americas, Georgetown University, Center for Latin American Studies, http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94_e.html, 10-12-2014.

⁹ En gran medida para enfrentarse al poder portugués. Además se ha de tener en cuenta el más limitado frente atlántico real que tenía la región en la época colonial.

¹⁰ La primacía de Buenos Aires se expresa por ejemplo en que como ley número 1 es considerada la primera que se dictó en 1862, luego de la incorporación dominante de Buenos Aires a la Confederación (v. ADLA, 1852-1880, pág. 213).

La estructura del Virreinato, bioceánica, es un interesante enfoque geopolítico.

¹¹ En cuanto a la constitución material v. por ej. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

¹² Interesa v. ORTIZ, Ricardo M., “Historia económica de la Argentina”, 5ª. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1978; también v. gr. RAPOPORT, Mario, “Las políticas económicas de la Argentina. Una breve historia”, Bs. As., Booket, 2010. Cabe c., con una orientación favorable al kirchnerismo, Historia económica de la Argentina, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_econ%C3%B3mica_de_Argentina, 29-11-2014 (*dado el procedimiento con que es elaborada, las citas tomadas de Wikipedia quedan sujetas a la verificación que asuma como necesaria el lector* <http://www.wikipedia.org/>, 29-11-2014).

Industrial producida en Europa¹³. Algunas posturas “progresistas” pretendieron constituir un sistema capitalista a través de una “burguesía nacional”¹⁴.

La problemática estratégica de la constitucionalización es referida también en gran medida a la escasez de población. Uno de los inspiradores de la Constitución llegó a afirmar que “*gobernar es poblar*”¹⁵. El Derecho vigente correspondía a una composición ya anacrónica del Derecho Patrio, el régimen que había establecido España y costumbres utilizadas principalmente en zonas rurales¹⁶. Un lugar destacable y subrayado en el Preámbulo correspondió a los “pactos preexistentes”.

A diferencia del tiempo actual, se trataba de un período de la *modernidad*, con fuertes sentidos de *grandeza*. Las ideas románticas y *sansimonianas* tenían todavía importante representación. Poco tiempo después, el sentido del progresismo “liberal” encontraría cauces positivistas.

Sin desconocer los abusos y ocultamientos con que se construyó el mito “liberal”, compartimos que se abriría, con la llamada “Organización Nacional”, el período de las grandes “presidencias históricas”: Urquiza, Mitre, Sarmiento, Avellaneda¹⁷.

¹³ Para un país como el nuestro, serían revolucionarios los inventos generados por hombres como Charles Tellier “el padre del frío”, quien consiguió establecer un puente entre las multitudes europeas necesitadas de alimentos y las posibilidades de producción como las de Argentina. Según se dice, Tellier murió, contradictoriamente, en la miseria (Miscelánea, <http://maramiscelaneas.blogspot.com.ar/2011/04/los-origenes-del-frio-introduccion-uso.html>, 10-12-2014). Es posible v. JACOMY, Bruno, “Tellier, Charles (1828-1913)”, en “Encyclopaedia Universalis”, <http://www.universalis.fr/encyclopedie/charles-tellier/>, 10-12-2014. Todavía Tellier no figura en el “Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano” de Montaner y Simón, t. XXI, 1912).

¹⁴ En cuanto a la constitución económica, es posible v. por ej. JIMÉNEZ, Eduardo, “Derecho Constitucional Argentino”, Capítulo XIX, La “constitución económica”, la propiedad y las libertades económicas consagradas en la constitución, Profesor Eduardo Jiménez, <http://www.profesorjimenez.com.ar/libro%20derconsti/2/19.pdf>, 12-12-2014.

¹⁵ Cabe c. por ej. ALBERDI, Juan Bautista, “Obras Escogidas”, Bs. As., Luz del Día, especialmente “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, 1952, págs. 9 y ss., esp. págs. 62 y ss.

¹⁶ Es posible v. por ej. LEVENE, Ricardo, “Historia del Derecho Argentino”, Bs. As., Kraft, 1945/1958; también se puede c. http://es.scribd.com/doc/49567159/Historia-Del-Derecho-Argentino-Ricardo-Levene#force_seo, 11-12-2014; LEVAGGI, Abelardo, “Manual de Historia del Derecho Argentino”, Bs. As., Depalma, 1986.

¹⁷ Muchos citan como presidencias históricas sólo a las de Mitre, Sarmiento y Avellaneda. Cada vez que se observa más el “populismo”, que iguala para abajo, se advierte más la grandeza de ese período que quiso hacer de un casi “desierto” un gran país.

3. La Constitución resultante de la obra de 1853/60 fue obra del sector cultural “*anglofrancesado*”, inspirada en parte en la de los Estados Unidos de América. A diferencia del sector “*hispanico tradicional*” derrotado principalmente en Caseros, que era más paternalista, católico medieval y prácticamente sentimental y romántico ¹⁸ (encarnado por ejemplo por Quiroga y sobre todo por Rosas ¹⁹) el sector “anglofrancés” era más abstencionista, afín a la Reforma y referido a la lógica, en alguna medida Ilustrado y con frecuencia relacionado con la masonería (lo representaron por ejemplo Belgrano, Moreno, Rivadavia, Mitre, Sarmiento y Roca ²⁰) ²¹. Como lo evidencia el art. 30 de la Constitución Nacional ²², para consolidar sus intereses en gran medida liberales el sector anglofrancesado hizo muy difícil la *reforma*.

Quizás la *fortaleza* mayor con que se contó en la Constitución de 1853 estuvo en la decisión firme del grupo dominante, a menudo ganadero, apoyado en el poder del ejército vencedor en Caseros. La de la Reforma de 1860 en la referencia al Puerto y luego en la victoria adjudicada en Pavón. En ambos casos la fortaleza se complementaba con la diversa adhesión a la cultura de los países dominantes, apoyos de los intereses británicos y la calidad jurídica de la obra constitucional. Tal vez la mayor *oportunidad* fuera la Revolución Industrial desarrollada en Europa. Una *debilidad* significativa del Gobierno de Paraná sostenedor de la Constitución de 1853 fue la *claudicación* de Urquiza. Una defintoria *amenaza* fue el poder de Buenos Aires.

¹⁸ Como suele ocurrir en los países dependientes, uno era el lenguaje y otra la realidad que se pretendía. La mayoría de los literatos románticos de la generación del 37 no quería un país culturalmente romántico.

¹⁹ En España, Felipe II.

²⁰ En España, Carlos III.

²¹ Es posible *ampliar* en nuestras “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 27, págs. 113 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>, 12-10-2014. Consideramos que la Constitución era claramente liberal.

La diferenciación de los sectores hispanico tradicional y anglofrancesado es parte de la “constitución cultural” del país (es posible *ampliar* en nuestro trabajo “La constitución cultural, componente básico de un Estado”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 15, págs. 51 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/418/327>, 10-11-2014).

²² En general en cuanto a las fuentes normativas es posible c. por ej. Infoleg, <http://www.infoleg.gov.ar/>, 10-9-2014.

4. El artículo 31 de la Constitución se remitió a un relevante panorama de las *fuentes*²³. Asimismo las fuentes judiciales cobraron a menudo creciente importancia, sobre todo con la existencia de la Corte Suprema de la Nación dispuesta en la Constitución (que recién se constituyó efectivamente en 1863²⁴). La ley N° 48 estableció la figura del *recurso extraordinario federal* y en 1886 se abrió camino al control de constitucionalidad difuso. No obstante, si bien todas estas medidas dieron relevancia a las sentencias, una concepción legalista del Derecho²⁵ contribuyó a moderarla²⁶.

Pese a relativas “anormalidades”, la Argentina llegó a ser, por varias décadas²⁷, uno de los países más ricos y *promisorios* del mundo, al que llegaron cientos de miles de inmigrantes plenos de *esperanzas*, al fin en general suficientemente *realizadas*. No obstante sus injusticias evidentes y las otras mayores con que se lo ataca²⁸ en ese período el país fue destino de una enorme cantidad de personas que apostaron a él sus esperanzas y sus vidas. Cuando esto ocurre, existe la *presunción muy seria* de que ese país *vale la pena*²⁹.

²³ “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

²⁴ Cabe c. por ej., acerca de la Historia de la Corte Suprema, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=62272&print=1>, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=62008&print=2>, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=62025&print=2>, <http://oli-argentina.com.ar/2012/05/un-poco-de-historia-de-la-corte-suprema/>, 16-10-2014, 12-10-2014.

²⁵ Evidenciada incluso en la cantidad de 4051 artículos del Código Civil.

²⁶ Como hemos indicado, los objetivos de la estrategia constitucional están en el Preámbulo de la Constitución, del que surge una amplia apertura a la libertad y a todos los hombres del mundo. Una fuerte tradición argentina, que sobrevive de cierta manera hasta nuestros días, es el sentido cosmopolita que se quiso dar al país, sin desconocer el fuerte rechazo de la cultura relativamente originaria gauchesca que imperó durante largo tiempo.

²⁷ Fuera del sentido más igualitario de Sarmiento.

²⁸ Más propias de la referencia dikelógica.

²⁹ Se puede v. incluso la información oficial, Presidencia de la Nación, Argentina.gob.ar, Guía del Estado, Población, <http://www.argentina.gob.ar/pais/poblacion/49-inmigraci%C3%B3n.php>, 9-12-2014. En cuanto a la polémica acerca del lugar de un país cuya opulencia, no satisfactoriamente distribuida, lo llevó a tener un nivel de *educación*

descollante y a edificar palacios privados y públicos aún sorprendentes, cabe c. por ej. DODERO, Alberto – CROS, Phillippe, “Argentina. Los años dorados (1889-1930)”, Bs. As., El Ateneo, 2007, también se puede v. La Nación, <http://www.lanacion.com.ar/965378-la-argentina-fue-el-sexto-pais-mas-rico-del-mundo>, 11-12-2014, en contra cabe c. MUÑOZ ASPIRI, José Luis (h.), “Homero Manzi”, en <http://www.elortiba.org/manzi3.html>, 11-12-2014. Puede ser útil c. por ej. “Argentina (República)”, en “Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano” cit., Barcelona, Buenos Aires, etc., Montaner y Simón – Sociedad Internacional, t. II, 1912, págs. 579 y ss.

En cuanto a la Historia Constitucional y el Derecho Constitucional argentinos es posible v. por ej. GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Bs. As., Estrada, eds. vs.; ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, “Estudios de Historia del Derecho”, Bs. As., Abeledo Perrot, esp. t. III, 1992; LÓPEZ ROSAS, José Rafael, “Historia constitucional argentina”, 4ª. ed., Bs. As., Depalma, 1990; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., “Derecho Constitucional Argentino”, Bs. As., Lajouane, 1917/23; SÁNCHEZ VIAMONTE; Carlos, “Manual de Derecho Constitucional”, 4ª. ed., Bs. As., Kapelusz, 1959; FAYT; Carlos S., “Nuevas fronteras del Derecho Constitucional”, 2ª. ed., Bs. As., La Ley, 2011; BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, eds. vs., Bs. As., Ediar; DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Manual de Derecho Constitucional”, 3ª. ed. - Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, es puede c. <http://www.laley.com.ar/product/files/41220678/41220678.pdf>, 10-10-2014; LONGHI; Luis R., “Génesis del Derecho Constitucional e Historia Constitucional Argentina”, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1946; HERNÁNDEZ, Antonio María Prof. Dr. (h.), “Argentina” Estudio comparado de los techos competenciales, Obsei, http://www.upf.edu/obsei/_pdf/doc_sostres_ar_es.pdf, 10-10-2014. También pueden v. por ej. Historia Constitucional Argentina, Argentina Histórica, http://argentinahistorica.com.ar/intro_libros.php?tema=1&doc=57&cap=434, 10-10-2014; SOLA, Juan Vicente, “Manual de Derecho Constitucional”, <http://www.profesorjimenez.com.ar/MANUAL%20DE%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL.pdf>, 12-11-2014; MORENO, Oscar (coord.), “La construcción de la Nación Argentina. El rol de las fuerzas armadas”, Bs. As., Ministerio de Defensa, 2010, <http://www.mindef.gov.ar/publicaciones/pdf/Libro-La-construccion-de-la-Nacion-Argentina-El-rol-de-las-Fuerzas-Armadas-AAVV.pdf>, 12-12-2014.

En términos de una comprensión más *trialista*, cabe decir en cuanto a la *dimensión normológica* que la Constitución tuvo, respecto a la voluntad de la sociedad acerca del orden de repartos deseado, que hace a la fidelidad del ordenamiento normativo, una fidelidad limitada. Su cualidad al respecto era afectada por el desinterés o el rechazo frecuentes de los sectores más hispánicos tradicionales. La constitucionalización estableció la cumbre de una positividad a menudo claudicante, afectada por “golpes de Estado” sobre todo a partir de 1930, que a veces cuestionaron incluso su supremacía formal (declarándose “de derecho” y no “de hecho”) e introdujeron modificaciones en las materias que nos ocupan.

Como ahora lo exhiben de manera muy clara los neoconstitucionalismos, por sobre la norma hipotética fundamental, que según el trialismo dispone el cumplimiento de los pactos o la obediencia al constituyente histórico, están las referencias culturales que

b) *Las tácticas de Teoría General del Derecho abarcadora en especial en la Constitución de 1853/60*

5. Para el logro de los objetivos constitucionales, la táctica en cuanto a Teoría General del Derecho abarcadora fue: a) la decisión de desarrollar el *Derecho Constitucional* mediante la base del dictado de una Constitución

soportan “desde arriba” a la norma hipotética, apoyada abajo en el cumplimiento. Cabe considerar, atendiendo también a las normatividades paralelas al escalonamiento (la pirámide), por ejemplo en otros ordenamientos afines, cierta “esfericidad” de lo jurídico. La pirámide argentina tuvo una importante sustentación lateral, como parte del sistema jurídico romano justinianeo – germánico, respecto del cual se produjeron con diversos grados de acierto distintos casos de recepción. La dominación constitucional y el monopolio codificador de fondo del Congreso, de cierto modo titular del Poder Legislativo complejo con el Poder Ejecutivo, fueron frecuentemente afectados. Se trató de un “escalonamiento” (o pirámide) a veces referencial y también genéticamente claudicante. La restauración de la democracia en 1983 y la incorporación de tratados internacionales al bloque constitucional tuvieron consecuencias favorables para el éxito del escalonamiento piramidal.

En muchos casos de la parte “dogmática”, sobre todo patrimoniales, las normas constitucionales se cumplieron, es decir, fueron exactas. En cambio, en el aspecto “institucional” y también acerca de ciertas referencias dogmáticas, como la situación de las cárceles, fueron diversamente inexactas.

En la *dimensión sociológica*, el orden de repartos tuvo, más en cuanto a los supremos repartidores (supremos conductores), pero también en relación con algunos supremos criterios de reparto (supremos criterios de conducción), una ejemplaridad claudicante. Si lo que se quiso obtener es sobre todo encaminar un régimen patrimonial mínimamente capitalista, los resultados fueron relativamente exitosos. Más habría que analizar si lo que se deseó es en verdad un país representativo, republicano y federal; en este caso los tropiezos con límites fueron mayores. El espacio de los beneficiarios fue ampliando a partir de 1916 y 1946.

En la *dimensión dialéctica*, las primera décadas de la vida constitucional estuvieron signadas por el predominio de las invocaciones de justicia en cuanto a repartidores más aristocráticas (por superioridad al menos pretendidamente científica, técnica y moral) y de autonomía de las partes (v. gr. en los contratos), que en el primer aspecto se fueron atenuando por avances de la legitimación infraautónoma (democrática). Con referencia a la justicia de los beneficiarios, durante las décadas iniciales se invocaron más los méritos (por la conducta) y luego los merecimientos (por la necesidad).

En relación con la teoría de las *respuestas jurídicas*, cabe agregar que si durante varias décadas hubo destacables esfuerzos para la relativa integración nacional, quizás a partir de las crisis de 1945 y 1955 hubo tendencias crecientes a la desintegración que duraron al menos hasta 1983.

Nacional, con predominio sobre las otras ramas jurídicas³⁰; b) la adjudicación de las bases del *Derecho "de fondo"*, a través del dictado de los códigos civil, comercial, penal y de minería, al Congreso de la Nación; c) el despliegue del *Derecho Procesal*, con la asignación de la aplicación de los códigos de fondo, a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones; d) la atribución al Congreso del régimen de bancarrotas y el establecimiento del juicio por jurados, durante mucho tiempo no aplicado³¹. La reforma *constitucional* de 1860 acentuó ciertos caracteres "federalistas" a impulsos de lo requerido por la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, suprimiendo la necesidad de aprobación de las constituciones provinciales por el Congreso³².

Como hemos de referirnos también a la época actual, cabe señalar que la Reforma constitucional de 1957 agregó como competencia del Congreso la intervención en el Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social mediante el dictado de los códigos respectivos y garantizó a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo.

El ámbito del Derecho Internacional Público fue encomendado básicamente al Poder Ejecutivo, pero con intervención del Congreso. En correspondencia con la conciencia posterior de la problemática del "monismo" y el "dualismo", la jurisprudencia partió de considerar a los tratados internacionales a la par de las leyes y luego los estimó superiores a éstas, criterio de superioridad confirmado por la Reforma constitucional de 1994³³.

³⁰ Aunque su dictadura ayudó a la unidad nacional, Rosas se opuso insistentemente a la constitucionalización del país (se puede v. Carta de Rosas a Quiroga, Hacienda de Figueroa en San Antonio de Areco, Diciembre 20 de 1834, http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_argen_indep/otros/carta_rosas_hacienda_figueroa.pdf, 10-10-2014).

³¹ V. en general arts. 67 y ss. y 86 y ss. de la C.N. Conc. art. 108.

³² Dejando a salvo para la provincia de Buenos Aires los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Se puede v. por ej. Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina, Las reformas propuestas por Buenos Aires a la Constitución de 1853 y su aprobación en octubre de 1860, <http://www.argentina-rree.com/5/5-029.htm>, 10-10-2014. Sin embargo, también hubo ciertas medidas que acentuaban el poder del Gobierno federal. Una solución táctica importante de 1860 fue la postergación de la solución del problema de la Capital Federal.

³³ C. art. 31 de la C.N.

En la primera solución, para ubicar a los tratados internacionales a la par de las leyes se tomó el texto relativamente claro del art. 31 de la C.N. y, con cierta laxitud inter-

La Constitución consideró el Derecho Público Provincial, por ejemplo al tratar la jerarquía de las *constituciones y leyes provinciales* y la existencia de *tratados interprovinciales*³⁴. La Reforma constitucional de 1994 estableció la posibilidad básica de las provincias de celebrar ciertos convenios internacionales³⁵.

6. La *táctica* constitucional relacionaba al menos el Derecho Constitucional con el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho de Minería, el Derecho Procesal y el Derecho Internacional. Luego surgió la referencia expresa al Derecho del Trabajo y al Derecho de la Seguridad Social. El núcleo de las ramas estaba en el Derecho Constitucional, el Derecho Civil e incluso el Derecho Comercial, quizás fácticamente con primacía de los dos últimos. La invocación de la Constitución en el Derecho Privado no resultó muy frecuente.

Al dictar la Constitución se establecían, formal y en parte materialmente, las bases del ordenamiento normativo, el orden de repartos y el posible régimen de justicia. Las otras ramas del Derecho de fondo y procesal continuaron detallando quiénes serían y en qué medidas lo serían los repartidores, los beneficiarios y los objetos de repartos y cómo se produciría la audiencia.

III) La táctica de Teoría General abarcadora del Código Civil de 1869

a) Las circunstancias y la estrategia

8. En 1869 el país, cuya ocupación era, todavía, mucho menor que en la actualidad, tenía aproximadamente 1.830.214 habitantes³⁶. De cierto modo,

pretativa, la necesidad de que fueran aprobados por leyes (art. 67 inc. 19 de la C.N. del texto de 1853/60). Lo mismo se decía de las Bulas Pontificias y otras disposiciones legislativas de carácter eclesiástico, dado que por el art. 86, inc. 9 se requería una ley cuando contuvieran disposiciones generales y permanentes.

³⁴ V. arts. 5 y 107 de la C.N. (con la Reforma de 1860, c. arts. 104 y ss.).

³⁵ Art. 124 de la C.N.

³⁶ Aunque no pudo tomarse en cuenta todo el país, el censo de 1869, bajo la presidencia tan *lúcidamente estratégica de Sarmiento*, evidenció que se trataba de un país *escasísima-*

era aún una enorme extensión escasamente poblada, quizás en parte de alguna manera “desértica”. Como hemos expuesto, el propósito de la Constitución de 1853/60 era establecer un sistema *capitalista* y esto puede contribuir a que el dictado de los códigos de fondo partiera de las materias *comercial* y *civil*, respectivamente en 1859/62 ³⁷ y 1869. El *Derecho vigente* correspondía a una composición anacrónica del régimen que había establecido España, el Derecho Patrio y costumbres utilizadas principalmente en zonas rurales.

El espíritu del Código Civil está al fin no sólo en la Constitución sino en “*Facundo. Civilización y Barbarie en Las Pampas Argentinas*” de Sarmiento ³⁸. Se consideraba necesaria estratégicamente la eliminación de la

mente poblado. El resultado fue de 1.737.214 habitantes (sin contar el ejército que operaba en Paraguay ni la población indígena, cuyo cálculo aproximado fue de 93.000 personas, con lo cual se obtiene una población total de 1.830.214). En 1895 el resultado del censo fue de una población total de 4.044.911 habitantes; en 1914 apareció un total de 7.885.237 habitantes sin contar la población indígena (calculada en 18.425 personas) sumada la cual da un total de 7.903.662 (Se puede c. por ej. Historia de los Censos, <http://www.indec.gov.ar/censo2010/historia-censos.pdf>, 11-11-2014.). Sin desconocer lo que consideramos ciertas injusticias, el excelente resultado del *modelo abierto* a la inmigración y las oportunidades al que adhirieron millones de inmigrantes nos parece evidente.

³⁷ El Código de Comercio fue dictado básicamente por la provincia de Buenos Aires y luego adoptado por la Nación. Suele indicarse que el Código de Comercio de 1862 con numerosas e importante modificaciones es todavía la ley vigente más antigua de la Argentina (dejará de serlo cuando se aplique el Código Civil y Comercial). En cuanto a la historia de la codificación en la Argentina puede v. por ej. Código Civil de la República Argentina, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_de_la_Rep%C3%ABlica_Argentina, 12-10-2014 -(dado el procedimiento con que es elaborada, las citas de Wikipedia deben ser especialmente tomadas con la *verificación que asuma como necesaria el propio lector, cabe tener en cuenta* <http://www.wikipedia.org/>, 12-10-2015-)

³⁸ De 1845. Proyecto Biblioteca Digital Argentina, http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo/facundo_00indice.htm, 10-10-2014. Cabe c. “Obras Completas de Sarmiento”, Bs. As., Luz del Día, 1948/56. También es posible c. la edición de Edivim, con prólogo de José Pablo Feinmann, 2009, https://books.google.com.ar/books?id=3BDc1gCdXd8C&pg=PA24&lpg=PA24&dq=Sarmiento+oligarqu%C3%ADa+con+olor+a+bosta&source=bl&ots=oXSmskpouA&sig=nykwCZc7gNzA2uw3VAToLPGbSws&hl=es-419&sa=X&ei=B9OIVL3rI_DhsASTjYDQBA&ved=0CDoQ6AEwBg#v=onepage&q=Sarmiento%20oligarqu%C3%ADa%20con%20olor%20a%20bosta&f=false, 10-11-2014. Se puede *ampliar* en nuestros trabajos “Bases culturales ...” cit. y “La cultura jurídica argentina en sus expresiones literarias capitales. Significados jurídicos de *Facundo* y *Martín Fierro*”, en CALVO GONZALEZ, José (dir.), “Implicación Derecho Literatura.

cultura “hispanica tradicional” gauchesca y el despliegue de un cultura “anglofrancesada” con afinidades también norteamericanas. En la estrategia sarmientina ocupaban lugares muy importantes, además del Código Civil, el desarrollo de la economía, la ciencia y la técnica, la aplicación de la ley de vagos y “malentretidos”³⁹, la educación pública, que en 1884 se haría laica, común, gratuita y obligatoria y la inmigración. Su estrategia se orientaba en la idea central de que “*gobernar es educar*”. La escuela se hacía igualitaria para uniformar un país crecientemente de inmigrantes. En cuanto a la economía, pese a que no era socialista, Sarmiento soñó con un país con pequeños productores rurales, diverso del de la oligarquía eficaz pero privilegiada que se establecería a partir de 1880. Se trataba de una época de “*cultura*”⁴⁰, de muy enérgica referencia a valores y quizás podría decirse que sus protagonistas solían sentirse “*héroes*”⁴¹.

En 1863 fue sancionada la Ley N° 36, que facultaba al Poder Ejecutivo para nombrar comisiones encargadas de redactar los proyectos de los Códigos Civil, Penal, de Minería y de las ordenanzas del Ejército⁴². No obstante, el Presidente *Mitre* decidió encargar la tarea de redactar el Código Civil a una sola persona, Dalmacio Vélez Sársfield, mediante un decreto del 20 de octubre de 1864⁴³. El proyecto velezano tuvo en cuenta diversas fuentes, entre las que se destacan el individualista Código Civil francés, el

Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho”, Granada, Comares, 2008, págs. 71 y ss.

³⁹ Párrafos atribuidos a Sarmiento, feroz polemista, que resultan en conflicto con los derechos humanos pueden v. por ej. en MAGLIO, Federico Martín, “El pensamiento de Domingo Faustino Sarmiento”, en FMM Educación, <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Notas/sarmiento.htm>, 10-10-2014; La cosa y la causa, <http://lacosaylacausa.blogspot.com.ar/2011/07/biolcatti-y-sarmiento-la-aristocracia.html>, 10-11-2014.

⁴⁰ Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., N° 5, págs. 9 y ss.

⁴¹ V. por ej. LÓPEZ ROSETTI, Daniel, “La salud de Domingo Faustino Sarmiento”, “Historia Clínica 2, Bs. As., Planeta, 2014, págs. 87 y ss., El Historiador, http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/organizacion_nacional/la_salud_de_domingo_faustino_sarmiento.php, 10-12-2014; LÓPEZ MATO, Omar, “Las enfermedades de Sarmiento”, Perfil.com, <http://www.perfil.com/columnistas/Las-enfermedades-de-Sarmiento-20100910-0044.html>, 10-1-22014; REY, Alejandra, “Sarmiento, un visionario del siglo XXI”, en “La Nación”, Martes 15 de febrero de 2011, [lanacion.com, http://www.lanacion.com.ar/1350099-sarmiento-un-visionario-del-siglo-xxi](http://www.lanacion.com.ar/1350099-sarmiento-un-visionario-del-siglo-xxi), 16-10-2014.

⁴² ADLA cit., pág. 357.

⁴³ Vélez Sársfield, concededor de la Economía, fue ministro en parte del mandato de Mitre.

Proyecto Freitas y el Derecho español, y fue enviado a diversas personalidades caracterizadas⁴⁴. Terminada la obra, el Presidente *Sarmiento*⁴⁵ envió el 25 de agosto de 1869 una nota al Congreso propiciando la ley que lo pusiera en vigencia. En el mensaje, Sarmiento recomendaba que se le diera vigencia en forma inmediata, confiando su reforma a la acción sucesiva de las leyes, que serían dictadas a medida que la experiencia determinara su necesidad⁴⁶.

La Cámara de Diputados aprobó el proyecto el 22 de septiembre de 1869 a libro cerrado, luego de que fueran rechazadas diferentes propuestas de aplazamiento y objeciones al procedimiento adoptado. La Cámara determinó como fecha de vigencia el 1 de enero de 1871. El proyecto pasó a la Cámara de Senadores, donde fue sancionado el 25 de septiembre y fue rápidamente promulgado por Sarmiento, el 29 de septiembre de ese año⁴⁷. A la ley le correspondió el número 340⁴⁸.

⁴⁴ A medida que Vélez Sársfield avanzaba en su tarea la enviaba al Poder Ejecutivo. De esta forma se dispuso su impresión y su distribución entre los legisladores, magistrados, abogados y otras personas idóneas, a fin de que siendo estudiada se fuese formando la opinión para cuando llegara la oportunidad de la sanción.

⁴⁵ De quien Vélez fue ministro del Interior y con quien tuvo relaciones de afecto familiar.

⁴⁶ Según la estrategia legislativa de la ley 340, que sancionó el Código: “La Suprema Corte de Justicia y tribunales federales de la Nación darán cuenta al Ministro de Justicia, en un informe anual, de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica, la aplicación del código, así como de los vacíos que encontrasen en sus disposiciones para presentarlas oportunamente al Congreso”. (artículo 2) “El Poder Ejecutivo recabará de los Tribunales de Provincia, por conducto de los respectivos gobiernos, iguales informes para los fines del artículo anterior.” (artículo 3).

⁴⁷ Es posible v. Infoleg, ley 340, <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=50D6E642CD6BBF0A7FA54E10E9E8B2EB?id=109481>, 10-10-2014; Código Civil de la República Argentina, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_de_la_Rep%C3%ABlica_Argentina, 10-10-2014 (dado el procedimiento con que es elaborada, las citas de Wikipedia deben ser especialmente tomadas con la *verificación que asuma como necesaria el propio lector, cabe tener en cuenta* <http://www.wikipedia.org/>, 10-10-2014).

⁴⁸ Se puede v. por ej. <http://www.codigocivilonline.com.ar/ley340.html>, 12-10-2014; también Infoleg, <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=9F2671ACAFF41A9536FF764FB7DCD113?id=109481>, 10-10-2014; cabe c. por ej. CHANETON, Abel, “Historia de Vélez Sársfield”, ed. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1969; HEREDIA, José Raúl, “Vélez, el Codificador, su obra y la Constitución Nacional”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/velez-el-codificador-su-obra-y-la-constitucion?>

Para considerar el empeño que Sarmiento puso en la realización de su estrategia tal vez valga recordar que fue considerado a veces “*el hombre de autoridad*”⁴⁹. El Código comenzó a aplicarse en 1871 y en 1872 apareció la primera parte de “Martín Fierro”, en la que el gaucho llora su conmovedora tristeza. Sin embargo, para que se comprenda mejor qué significaba la oposición a la encendida y exagerada prédica permanente de Sarmiento, cabe recordar un párrafo que se atribuye a José Hernández, autor del “Martín Fierro”: “Mitre ha hecho del país un campamento, Sarmiento va a hacer de ella una escuela... con Sarmiento va a tener que aprenderse de memoria la anagnosis, el método gradual y los anales de Da. Juana Manso... ¿Pero consentirá el Congreso, consentirán los hombres influyentes de la República, consentirá el país en que un loco que ya ha fulminado sus anatemas contra el clero y contra la religión, que ha dicho que va a nombrar a una mujer

searchterm=v%C3%A9lez+el+codificador, 8-10-2014; ZEBERIO, Blanca, “Un Código para la Nación: familia, mujeres, derecho de propiedad y herencia en Argentina durante el siglo XIX”, en LEÓN, Magdalena – RODRÍGUEZ, Eugenia (ed.), “¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en la América Latina del siglo XIX”, Bogotá, Siglo del Hombre, 2005, págs. 131 y ss., se puede c. https://books.google.com.ar/books?id=bxjc8_Vg8XQC&pg=PA144&lpg=PA144&dq=vicente+fidel+l%C3%B3pez+oposici%C3%B3n+c%C3%B3digo+civil&source=bl&ots=7M7UyUcvOt&sig=SxMcOnHqM_SMIy2OORQ70Pe8T3M&hl=es-419&sa=X&ei=M5OLVOXJF7W1sQSWwYCIBw&ved=0CCoQ6AEwBA#v=onepage&q=vicente%20fidel%20l%C3%B3pez%20oposici%C3%B3n%20c%C3%B3digo%20civil&f=false, 12-12-2014.

⁴⁹ Cabe v. GÁLVEZ, Manuel, “Vida de Sarmiento – El hombre de autoridad”, 2ª. ed., Buenos Aires, Tor, 1952; también importa c. v. gr. ROJAS, Ricardo, “El Profeta de la Pampa. Vida de Sarmiento”, Bs. As., Losada, 1945. En cuanto a Sarmiento, cabe c. Sarmiento, según Vicente Fidel López, (Vicente Fidel López, “Historia de la República Argentina”, continuado por Emilio Vera y González y ampliado por Enrique De Gandía, tomo VI, Buenos Aires, Sopena, 1970, págs. 677-680), El Historiador, http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/organizacion_nacional/sarmiento_segun_vicente_fidel_lopez.php, 10-12-2014 (“No había en Sarmiento nada que se ajustase a la norma común: sus facciones eran el reflejo fiel de su interior. Todo era en él desmesurado: sus afectos, sus virtudes, sus méritos, su talento, sus defectos y sus pasiones. - Era hombre que valía mucho, sin la menor duda; pero él estaba persuadido de que valía muchísimo más; se creía un genio, y lo decía sin el menor empacho.”); creemos que *era* un genio; asimismo c. Domingo Faustino Sarmiento, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Domingo_Faustino_Sarmiento, 6-12-2014 (dado el procedimiento con que es elaborada, las citas de Wikipedia quedan sometidas a la *verificación que asuma como necesaria el propio lector, cabe tener en cuenta* <http://www.wikipedia.org/>, 6-12-2014).

ministra de culto, que es un furioso desatado venga a sentarse en la silla presidencial para precipitar al país a la ruina y al desquicio?"⁵⁰

Las bases informativas y estratégicas del Código Civil aparecen en gran medida en las *notas* de Vélez, aunque algunas veces no haya correspondencia total con el texto legal.

La *fortaleza* de la codificación estaba en mucho en la entonces en gran medida confirmada fuerza del grupo porteño y en la calidad de la obra. La *amenaza* de la resistencia federal gauchesca fue duramente vencida. No obstante, las costumbres feudales no fueron suficientemente modificadas. También hubo un vehemente cuestionamiento alberdiano, pero el planteo del gran tucumano no logró los resultados que pretendió⁵¹. Al fin emergió de nuevo el sentido de la vida del grupo hispánico tradicional. Durante mucho tiempo las normas del Código Civil fueron con gran frecuencia exactas.⁵² El impacto del Código de Vélez fue enorme⁵³.

⁵⁰ "Sarmiento y la propiedad de la tierra", "Contra la oligarquía y por el reparto de la tierra entre los trabajadores rurales", Progresismo y reacción; historia y presente, <http://urrutial.blogspot.com.ar/p/sarmiento-y-la-propiedad-de-la-tierra.html>, 10-10-2014. Importa v. también Discurso en Chivilcoy luego de ser electo Presidente de la Nación: "En Chivilcoy al menos, hemos acomodado unos veinte mil inmigrantes y gauchos vagos antes..." (Progresismo y reacción ... cit.). Pacho O'Donnell destaca este diálogo de Sarmiento; "El oligarca conservador se ofende porque (Sarmiento) estaría injuriando a las "fuerzas vivas".

La respuesta no se hace esperar: "¿Fuerzas vivas?... ¡Eso no se lo permito yo! ¡La única fuerza viva es el pueblo! En usted reconozco solamente la voz de una aristocracia con olor a bosta!"

Pero no terminaría allí la furia sarmientina: "Esta tormenta la ha provocado mi afán de educar al pueblo de la campaña... A los hijos de los gauchos. Yo... Yo que nunca les hice derramar su sangre generosa para servir a mis ambiciones; yo que nunca los adulé para explotar su ignorancia, soy aquí el defensor de su porvenir". (O'DONNELL, Pacho, "Aristocracia con olor a bosta".-

"Y los otros, continuó el sanjuanino, los que se llenan la boca con la palabra gaucho, me apostrofan, se ríen de mí, me llaman loco y le niegan al gaucho no sólo la educación sino hasta la tierra y el producto justo de su trabajo.", Perfil.com, 29/07/2011, <http://www.perfil.com/ediciones/columnistas/Aristocracia-con-olor-a-bosta-20117-594-0019.html>, 10-11-2014).

⁵¹ Algo análogo puede decirse en cuanto a la actitud del historiador Vicente Fidel López, se puede v. López, Vicente Fidel, Florentino Ameghino, <http://divulgacion.famaf.unc.edu.ar/?q=ameghino/1%C3%B3pez-vicente-fidel>, 20-11-2014.

⁵² Como parte del ordenamiento normativo sólo correspondió a la voluntad de un sector de la población, es decir poseyó solo una "infraexactitud". El conflicto entre plan de

b) *La táctica de Teoría General del Derecho abarcadora en especial en el Código Civil de 1869*

8. Como otra expresión pro-capitalista, quizás al fin no del todo de acuerdo con las ideas de cierta manera más “sociales” sarmientinas, el Código Civil se centró en el respeto y desarrollo de la *propiedad privada* y la *libertad de contratación*. Dado que se dejó en principio el matrimonio al Derecho Canónico, cabe comprender que el objetivo principal del Código fue *patrimonial*. En el ámbito de familia, tal vez para no producir mayores conflictos con la Iglesia o por razones de fe del autor, el matrimonio quedó básicamente a cargo del régimen canónico. Los *Derechos Reales* y el *Derecho de los Contratos* fueron pilares decisivos de la táctica jurídica del país.

En lo familiar el Código brinda una respuesta autoritaria con fuerte preeminencia del matrimonio sobre la filiación, calificada por él. En lo patrimonial fue una solución autoritaria en materia de Derechos Reales, en tanto en Obligaciones se fijó un marco mínimamente autoritario para dar espacio a la autonomía y hubo cierto campo autoritario no convencional. Las sucesiones fueron resueltas mediante una combinación autoritaria y autónoma, con legítima alta y un espacio testamentario marginal ⁵⁴.

gobierno y ejemplaridad gauchesca fue importante. La legitimidad aristocrática de la obra abrió camino a la legitimidad autónoma de los contratos. La obra velezana se apoyó en gran medida en la legitimidad atribuida a la propiedad.

Acerca del código velezano v. por ej. SEGOVIA, Lisandro, “El Código civil de la República argentina”, Bs. As., Coni, 1881, es posible v. t. II en http://books.google.com.ar/books/about/El_C%C3%B3digo_civil_de_la_Rep%C3%BAblica_argent.html?id=DlQoAQAAAMAJ, 20-10-2014; MACHADO, José Olegario, “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, Bs. As., Científica y Literaria Argentina, 1922; SALVAT, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil argentino”, Bs. As., Menéndez, 1923.

⁵³ Interesa v. NICOLAU, Noemí L., “Historicidad de los procesos de codificación y descodificación. Una aproximación axiológica”, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/297/1351>, 10-10-2014.

El Código velezano modificó en niveles superiores, no supremos, el escalonamiento (pirámide), el orden de repartos y el régimen de justicia. Tuvo materialmente incluso más relevancia que la importancia formal.

⁵⁴ El orden temático, de cierta relevancia estratégica, es: Título Preliminar; *Libro I*. De las personas; *Libro II*. De los derechos personales en las relaciones civiles; *Libro III*. De los derechos reales; *Libro IV*. De los derechos reales y personales. El libro I incluye personas y familia. La familia resulta profundamente personal.

c) *Enfoque de conjunto de la Teoría General del Derecho abarcadora en las tácticas de la Constitución de 1853/60 y el Código Civil de 1869*

9. Parece sostenible expresar que se implementó una táctica de relativo *relacionamiento* entre unitarios porteños y federales “moderados” y de *enfrentamiento* con el sector rosista, de características “hispanicas tradicionales”, aunque en detalle, se atendió sobre todo a los rasgos más “anglofrancesados de los unitarios, Se llegó al difícil e inestable resultado de relacionamiento a través de la batalla de Cepeda, la reforma de 1860 y la batalla de Pavón.

La calidad de la Constitución y sobre todo del Código Civil permite referirse a una táctica de la *propia excelencia*. En otro enfoque cabe decir que se trató de una táctica de choque *frontal*, destinada a eliminar las características de la cultura gauchesca.

Bajo el “paraguas” de la Constitución, la *vanguardia* del sistema estuvo en la inmigración, el desarrollo económico, científico y artístico y, en gran medida, en la educación⁵⁵; en el campo más jurídico el *cuerpo* estuvo en la codificación civil, comercial y de minería; los *laterales* correspondieron a los regímenes procesales y administrativos y la *retaguardia* fue la codificación penal⁵⁶.

⁵⁵ La igualdad de oportunidades de la educación laica, común, gratuita y obligatoria, que terminaría estableciéndose parcialmente en la ley 1420 -diferente de la igualación populista- es una de las tácticas humanistas más significativas.

⁵⁶ Pese a diversos intentos que incluyen el proyecto de Carlos Tejedor de 1864, adoptado por diversas provincias, el primer código penal se dictó en 1886. Un despliegue “penal” que provocó resistencias fue la dura aplicación de la “ley de vagos y malentretenidos”. La calidad del sistema penal, aplicable a los marginales, era menor que la del régimen civil.

Es posible *ampliar* en “Proyecto de Código Civil para la República Argentina”, trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el doctor don Dalmacio Vélez Sársfield, Bs. As., Imprenta de la Nación Argentina, 1865, Libro Primero, junio 24 de 1865 (también v. ediciones de la Imprenta de Pablo Coni); asimismo en nuestros trabajos “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 27, págs. 113 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>, 27-10-2014; “Aportes para la comprensión jusfilosófica del Código Civil de Vélez Sársfield (Bases para su “análisis cultural””, en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento (1800-2000)”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 327 y ss.; “Lecciones

El Derecho Internacional Privado quedó disperso, dentro del “cuerpo” y la lateralidad procesal, en distintas partes de los códigos y las leyes. Conservó en general, salvo por ejemplo en la referencia al régimen de inmuebles situados en la Argentina, el espíritu cosmopolita de la Constitución⁵⁷.

La Constitución y el Código Civil afirmaron la independencia formal y la apertura del país. En relación con esto el régimen de obligaciones contractuales regía la libertad y en el de reales había un marco delimitado y rígido con fuerte consagración de la propiedad privada; en las sucesiones un importante juego de la legítima igualitaria estaba encaminado a promover la división de la riqueza.

de Filosofía del Derecho Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/823/631>, 2-9-2014.

En cuanto a la estrategia de la codificación de 1869 y su posible *insuficiente coherencia* con la Constitución de 1853/60 se pueden v. por ej. ALBERDI, Juan Bautista, “El proyecto de Código Civil para la República Argentina (1868)”, en “Obras Completas de J. B. Alberdi”, Bs. As., La “Tribuna Nacional”, t. VII, 1887, págs. 80 y ss.; una importante crítica, de referencias alberdianas, aparece en SOLA, Juan Vicente, “Alberdi; la Constitución como programa de gobierno; la polémica con Vélez Sársfield”, <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/18%20Sola.pdf>, 27-10-2014; “La Constitución como programa de gobierno”, tomado de QUATTROCHI-WOISSON, Diana (dir.), “Juan Bautista Alberdi y la Independencia argentina. La fuerza del pensamiento y de la escritura”, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2012, <http://www.bn.gov.ar/abanic/B13-03/pdf/Juan%20Vicente%20Sola%20-%20La%20Constitucion%20como...pdf>, <http://www.unq.edu.ar/advf/documentos/50363f484284f.pdf>, 27-10-2014. También cabe c. VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, “El folleto del Dr. Alberdi”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-folleto-del-dr.-alberdi>, 27-10-2014; CORTABARRÍA, Jorge Juan, “La polémica entre Vélez y Alberdi a propósito del Código Civil argentino”, en Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes, <http://www.camercedes.org.ar/Noticias/Noticia/199/Se-realizo-el-Panel-sobre-Temas-de-Derecho-Civil-y-Homenaje-al-Dr.-Roberto-La-sala>, 10-9-2014; CARRANZA TORRES, Luis R., “El debate de la codificación”, <http://comercioyjusticia.info/blog/opinion/el-debate-de-la-codificacion/>, 27-10-2014; GNECCO, Emilio P., “La legislación civil”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, <http://www.academiadederecho.org.ar/pdfs/60.pdf>, 27-10-2014.

Pese a que al fin se trataba de una estrategia en general liberal, evidenciando las diferencias entre la Constitución y el Código Civil Alberdi dijo: “tenemos la federación en el Código político y la unidad en el Código Civil”, op. cit., pág. 84.

⁵⁷ Vale hacer referencia además a los Tratados de Montevideo de 1888/9.

En cierto sentido, por su relativa permanencia e importancia, el Código velezano fue considerado por algunos, durante largo tiempo, la “constitución efectiva” de la República.

10. A medida que se fueron desarrollando el *Derecho del Trabajo*, el de la *Previsión Social* y el de la *Seguridad Social*⁵⁸ e incluso cambió el sentido del Derecho Civil los significados de Teoría General abarcadora de la Constitución y el Código Civil *variaron*, por ejemplo, porque “*caer*” del sistema del Código Civil velezano, de fuerte contenido liberal, significaba en su momento una situación económica y jurídica mucho más grave que si se resultara “acogido”, como ha venido ocurriendo luego, por las ramas del Derecho del Trabajo, de la Previsión Social y de la Seguridad Social que actúan como *contención*.

Fuera del Código Civil y del Código de Comercio liberales estaba a menudo la indigencia y había más vías hacia el ámbito penal. Cuando se desarrollaron las modificaciones del Derecho Privado, el Derecho del Trabajo, el Derecho de la Previsión Social y el de la Seguridad Social hubo más sostenimiento económico y jurídico.

Los derechos humanos, consolidados a través del conjunto del “bloque constitucional” surgido de la reforma de 1994, se hicieron parte nítida de la vanguardia del complejo jurídico.

IV) La táctica de Teoría General abarcadora del Código Civil de 2014

a) Las circunstancias y la estrategia

11. El Código Civil de 2014 se desarrolla en un marco circunstancial y estratégico *muy diferente* del de 1869. Lo “*dado*” del país de 2014 es en múltiples aspectos distinto del velezano-sarmientino. Se ha concretado la ocupación, muy diversificada pero íntegramente formal, de casi todo el territorio nacional⁵⁹, llegándose a 2.791.810 km² continentales⁶⁰, y la población

⁵⁸ Tal vez sea interesante diferenciar el Derecho de la Previsión Social, el de la Asistencia Social y el de la Seguridad Social en sentido estricto.

⁵⁹ Quedando principalmente al margen las islas Malvinas.

se ha multiplicado hasta llegar a los 40.117.096 habitantes ⁶¹. La relativa “facilidad” de implantación normativa de un país casi “desierto” ya es imposible. Ahora se requieren consensos más amplios.

Los *factores de poder* han cambiado, con despliegues mayores, pero tal vez no suficientemente desarrollados, del *capitalismo* (terratenientes, banqueros, industriales, etc.). Influyen además las fuerzas de los *sindicatos*, de los *medios de comunicación*, de una recuperación de la participación de la *Iglesia Católica* con la elección de un Papa argentino y con relativas afinidades peronistas (movimiento en que dice inscribirse el kirchnerismo gobernante), del aparato del *grupo del Gobierno* ⁶² y de la *burocracia* nacional y provincial.

El *capitalismo relativo* coexiste en diversas regiones con características *feudales*. Como ocurre siempre en la Economía, pero de modo muy notable, entre los problemas centrales de la economía argentina y en general del país se encuentran la *producción*, la *distribución* y el *consumo* logrando y aprovechando un *desarrollo sustentable*.

Hay diversas posibilidades de polos de desarrollo, pero todavía el poder está en gran medida *concentrado* en la agricultura, en mucho de referencia “*sojera*”, en la ganadería y en la ciudad del “puerto”, ahora inserta en un gran “*conurbano*”. Se desarrolla la minería y hay una posibilidad a determinar, quizás muy relevante, de la producción “petrolera” y gasífera en sentido amplio ⁶³. El país tiene ciertas características *parasitarias* ⁶⁴ y de vida *al margen de la ley* ⁶⁵.

⁶⁰ Superficie total 3.761.274 km², de los cuales: 2.791.810 km² corresponden al Continente Americano; 969.464 km² al Continente Antártico (incluyendo las islas Orcadas del Sur) y a las islas australes (Georgias del Sur y Sandwich del Sur), Instituto Geográfico Nacional, <http://www.ign.gob.ar/NuestrasActividades/Geografia/DatosArgentina/LimitesSuperficiesyPuntosExtremos>, 5-12-2014.

⁶¹ Censo 2010, Instituto Nacional de Estadística y Censos, http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalpais.asp, 10-10-2014.

⁶² V. por ej. La Cámpora, <http://www.lacampora.org/>, 15-12-2014.

⁶³ BRONSTEIN, Hugh, “Argentina won lottery with Vaca Muerta shale field – Chevron”, Reuters, <http://www.reuters.com/article/2014/05/22/chevron-argentina-idUSL1N00824V20140522>, 14-12-2014.

⁶⁴ Se puede *ampliar* en nuestro trabajo “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación ...” cit., N  34, págs. 59 y ss., <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/842/652>, 20-10-2014.

⁶⁵ Es posible v. NINO, Carlos Santiago, “Un país al margen de la ley”, Bs. As., Emecé, 1992.

Se ha desarrollado y mantiene un amplio sistema de *subsidios*. Hay una alta y reiterada *inflación* y también un elevado índice de *desocupación*. Existe una enorme *corrupción* y una gravísima *impunidad*, nutrida en parte por ideas penales que, invocando injusticias padecidas por los pobres, en lugar de promover su condición deja a personas inocentes a merced de delincuentes. En el ámbito monetario, existe una fuerte ambición de disponer de dólares, no sólo como moneda de cambio sino de atesoramiento, sobre todo por las reiteradas inestabilidades. Mucho depende de las condiciones de *salud y educación* pero, pese a ser mínimamente satisfactorias, se afirma que se invierte mucho pero lo que se obtiene es menos de lo esperable ⁶⁶.

El país ha alcanzado cierta *democracia* material, no suficientemente realizada, pero que exige contar al menos con mayorías reales. La mayoría kirchnerista, que invoca ser peronista, permite que el Poder Ejecutivo ejerza importante control sobre el Poder Legislativo ⁶⁷ e intente obtenerlo sobre el Poder Judicial ⁶⁸. En general, la opinión pública estuvo a favor de la codificación o no se refirió claramente a ella.

El kirchnerismo, quizás instalado en lo profundo en la conservación hispánica tradicional aunque con ciertas alegaciones “progresistas”, pretende producir un *nuevo relato* ⁶⁹, también “heroico”, enfrentado con fuerza de “cultura” a la oposición, en general más anglofrancesada y “civilizada”, que se remite más al mensaje tradicional.

⁶⁶ El tema es discutido. Cabe c. Instituto de Estudios sobre Políticas de Salud, 03.11.11, http://www.ieps.com.ar/es/template.php?file=notas/2011/11/11_11_03_El-gasto-salud-en-Argentina.html, 20-9-2014; MIZRAHI, Darío, “Argentina tiene el peor resultado educativo en relación con su inversión”, Infobae, Sábado 10 de noviembre de 2012, <http://www.infobae.com/2012/11/10/680599-argentina-tiene-el-peor-resultado-educativo-relacion-su-inversion>, 20-10-2014.

⁶⁷ Se puede v. Senadores de la Nación Argentina, <http://www.senado.gov.ar/>, 12-11-2014; H. Cámara de Diputados de la Nación, <http://www.diputados.gov.ar/>, 12-11-2014.

⁶⁸ Acerca de la organización Justicia Legítima es posible v. <https://es-la.facebook.com/JusticiaLegitima>, 12-10-2014; <http://justicialegitima.org/>, 12-10-2014; Ministerio Público de la Defensa, <http://www.mpd.gov.ar/noticia/index/noticia/solicitada-por-una-justicia-legitima-622>, 12-10-2014.

⁶⁹ Es posible v. por ej. Instituto Nacional de Revisionismo Histórico e Iberoamericano “Manuel Dorrego”, <http://institutonacionalmanueldorrego.com/>, 11-12-2014. El aprovechamiento de la enorme y casi indescriptible *criminalidad* del gobierno iniciado en 1976 se emplea para presentar un *relato parcializado* donde se hace *héroes* de algunos *criminales comunes*.

Refiriéndose a autores de la modernidad, quizás pueda pensarse que hay un tenso debate entre una radicalización rousseauiana e incluso afinidades con la Doctrina de la Iglesia y con el fascismo y quienes invocan también a Locke y a Montesquieu. En el obrar presidencial hay una muy lúcida presencia, consciente o no, de las ideas de Maquiavelo. El gobierno actual evidencia una capacidad *beligerante*, una aptitud para mantener la *iniciativa* y una *disciplina* que la oposición está lejos de mostrar. Tendencias *gramscianas* se han hecho fuertes en un discurso *supuestamente* “progresista”⁷⁰.

En cuanto a *relaciones internacionales*, se invoca que la de 2014 es una codificación que respeta la tradición “romana” e hispánica, pero con identidad cultural latinoamericana. Cabe destacar que la Argentina está incorporada sobre todo a un proceso de integración en el Mercosur que, sin embargo, en la actualidad no satisface las expectativas que se tuvieron al tiempo de su fundación⁷¹. En ciertos casos se hizo referencia al derecho “mercosureño”, por ejemplo al régimen de recursos naturales brasileño. Sin embargo no hubo una discusión representativa respecto de la articulación civil y comercial con las jurisdicciones de los otros países del Mercosur.

El país tiene dificultades, en gran medida heredadas de períodos anteriores, con el desenvolvimiento de su *deuda externa*. Existe un proceso generalizado de *globalización/marginación*; el mundo es relativamente multipolar y aparecen nuevos protagonistas en cierto caso formando el grupo de los “BRICS”⁷². Una crisis económica muestra debilidades económicas de grandes potencias y de la Unión Europea que hasta no hace mucho eran inimaginables.

Al producirse la nueva legislación, el Derecho Civil y sobre todo el Derecho Comercial vigentes se encontraban en condiciones de codificación deficiente y, en el segundo caso, de descodificación. Sin embargo, el Código de 1869 conserva consistencia, incluyendo el importante aporte de la reforma de 1968. Muy poco es lo que había quedado del Código de Comercio.

⁷⁰ Dejando de lado la grandeza muy diferente de las proyecciones estratégicas, las personalidades de Sarmiento y los esposos Kirchner y su ex secretario Guillermo Moreno tienen ciertas características tácticas avasallantes semejantes. Claro está, con notoria superioridad del gran estratega y estadista sanjuanino.

⁷¹ También tiene interés la pertenencia a la UNASUR.

⁷² Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica.

El estilo cultural en general es de *posmodernidad*, con hombres más “débiles” y una cultura fracturada, con más rasgos de civilización y decadencia, diferentes de la modernidad. Sin embargo, tal vez desde el estallido de la primera bomba atómica el 6 de agosto de 1945, incluyendo el acceso al “mundo exterior” comenzado en los años cincuenta y sesenta del siglo XX y culminando en el mapeo de gran parte del *genoma humano* anunciado el 14 de abril de 2003, se viene configurando una *nueva era*, con un enorme desafío científico, técnico y moral. Por primera vez una *especie* es dueña de su propio destino. En ese proceso crecen las *neurociencias* revolucionando lo que se pensaba de lo humano. Se plantea, asimismo, una enorme “*liberación de eros*”.

Parece que luego de la llamada “edad de la descodificación”, se desarrolla una edad de *relativa recodificación*, aunque ésta tenga características diversas, por ejemplo con obras más breves, menos determinadas y más referidas a principios. Vale destacar que no se trata sólo de dictar un Código Civil y Comercial, sino de saber qué se ha de *obtener*, de la *eficiencia* y el *impacto* de las normas.

12. Lo “dado” del Código Civil y Comercial incluye un Código Civil que había tenido numerosas modificaciones, un Código de Comercio superado por los cambios y, en lugar destacado, el espíritu del *bloque constitucional* emergente de la Reforma de 1994, con fuertes despliegues de *derechos humanos*.

El Derecho con que se encontró la codificación tenía rasgos muy novedosos. Antes de la recuperación de las relaciones con la Iglesia, se había dictado la ley que admite el matrimonio “igualitario”, entre personas del mismo sexo. Esta modificación era ya fácticamente imposible de descartar. Tal vez sería interesante pensar si, en caso de haberse recuperado antes la relación estrecha con la Iglesia, la innovación en la vinculación de pareja hubiese sido específicamente “matrimonio” o tal vez unión civil.

13. El trámite de elaboración de la nueva legislación trató de *aprovechar* el importante acervo teórico y jurisprudencial que se había acumulado durante largo tiempo, incluyendo varios proyectos anteriores ⁷³.

⁷³ Cabe destacar las referencias al Proyecto de Código Civil de 1998, a la obra de Atilio Alterini y el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 (Es posible

La redacción fue encargada mediante el decreto 191/2011 a una comisión de tres calificados juristas, de los cuales dos son ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los doctores Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci. De cierto modo, la intervención de miembros de la Corte asegura la viabilidad jurisprudencial de la nueva legislación, aunque tal vez signifique alguna confusión de poderes. Para la redacción se consultó a un número importante de especialistas ⁷⁴.

El trámite del proyecto fue acelerado mediante la intervención de una comisión bicameral. Luego de un período de detención, la obra fue aprobada, con modificaciones, en condiciones que miembros de la oposición consideraron excesivamente rápidas ⁷⁵. El Código fue sancionado el 1 de octubre y promulgado el 7 de octubre de 2014 como ley 26.994. Es cierto que el Código del 69 se aprobó a libro cerrado, también lo es que las posibilidades de representación democrática y republicanas hoy son mucho mayores.

14. El Código se inscribe en un llamado “modelo” político que pretende en gran medida invertir los objetivos sarmientinos. En conjunto no se trata de la *promoción* hacia la *unicidad*, sino de una fuerte *igualación*. La “unicidad” es reconocida más específicamente a través de la igualdad no discriminación. También se incrementa la referencia a la comunidad, por ejemplo con recepción de la atención constitucional a los derechos colectivos.

El Anteproyecto subrayó que se *distingue* normativamente el *derecho* de la *ley*. Se especifica que una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica y se plantea un

c. Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, <http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/fundam.htm>, 10-10-2014; “Se han tenido presentes las soluciones jurisprudenciales y las reflexiones de la autorizada doctrina que enriquece día a día la materia; también, y muy especialmente, el *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003*, pues en buena parte recoge las reformas anteriores, sin obviar el Proyecto Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado y el Proyecto de Reformas al Código Civil (Comisión Decreto 468/92), entre otros valiosos esfuerzos.”)

⁷⁴ Acerca de los debates cabe c. por ej. Unificación Civil y Comercial. Video Results, <https://search.yahoo.com/yhs/search?p=unificaci%C3%B3n+civil+y+comercial&ei=UTF-8&hsparm=mozilla&hsimp=yhs-001>, 11-10-2014; también <https://www.youtube.com/watch?v=Rj1oecWAXi8>, 11-10-2014.

⁷⁵ V. por ej. Es ley el nuevo Código Civil y Comercial, GacetaMercantil.com, <http://www.gacetamercantil.com/notas/62739/es-ley-nuevo-c%C3%83%C2%B3digo-civil-comercial.html>, 10-10-2014.

panorama de *fuentes*. Es una obra considerablemente más breve que las normatividades que se derogan y se vale de manera destacada de *principios*. Importantes referencias a las relaciones a menudo tensas entre el legislador y los particulares surgen de la consideración del fraude a la ley y el orden público ⁷⁶.

El nuevo código trae consigo un precio a pagar en cuanto a necesidad de *recapitación* por los operadores jurídicos. En este sentido como toda legislación, pero de manera específica porque es una nueva legislación que reemplaza a la ya sólidamente asumida, puede ser remitido a la polémica célebre entre Thibaut y Savigny acerca de la *ley* y la *costumbre*, de cierto modo cabe decir entre *razón e historia*.

La codificación produce, de manera inevitable, cierta “*derogación orgánica*” de las fuentes no incorporadas. Será al fin como toda norma lo que los encargados de su funcionamiento, de modo principal los jueces y los particulares, lo hagan ser, condición que tiene relevancia especial por las facultades nuevas que se asignan a los jueces en el curso de los *neoconstitucionalismos* ⁷⁷, el razonamiento por principios y la consideración de que la

⁷⁶ En cuanto a críticas del Código cabe c. por ej. WEINGARTEN, Celia – GHERSI, Carlos A. “Lo que no hizo el Senado y debió hacer”, Microjuris.com, <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/11/27/lo-que-no-hizo-el-senado-y-debio-hacer/>, 12-10-2014.

⁷⁷ Es posible c. v. gr. numerosos aportes polémicos en relación con los neoconstitucionalismos en “Doxa”, N° 34; también por ej. POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, trad. Josep M. Vilajosana, en “Doxa”, 21-II, 1998, págs. 339 y ss., http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf, 10-12-2014; CARBONELL, Miguel, (ed.), “Neoconstitucionalismo(s)”, Madrid, Trotta, 2003; Democracia constitucional y derechos fundamentales. la rigidez de la constitución y sus garantías, por Luigi Ferrajoli, <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/07/doctrina02.pdf>, 10-12-2014; RANIERI de CECHINI, Débora, “El neoconstitucionalismo en la reforma del Código Civil y Comercial: el protagonismo del juez en el estado de derecho y el problema del método de ponderación”, en “Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, UCA, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf>, 15-1-2-2014. En línea afín con la célebre clasificación de Norberto Bobbio referida al positivismo Paolo Comanducci distingue el neoconstitucionalismo como teoría, como metodología y como ideología (COMANDUCCI, Paolo, ““Constitucionalismo: problemas de definición y tipología”, en “Doxa”, 34, págs. 95 y ss., Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/num-34-2011/>, 15-12-2014, http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32765/1/Doxa_34_06.pdf, 15-12-2014). Cabe c. AS. VS., “Neoconstitucionalismo y Derecho Privado. El Debate”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

injusticia extrema no es derecho. También influirán las tensiones que se desarrollan entre el gobierno y la oposición por la composición del Poder Judicial.

Pese a contarse con categorías jurídicas relevantes, como las de *distribuciones* y los *repartos* de la dimensión sociológica, la *exactitud*, el *impacto* y la *eficiencia* de las normas en la dimensión normológica y las consideraciones de *justicia* de la dimensión dialéctica, no se produjeron con la amplitud debida los debates respecto de la situación general de la Argentina que considerábamos necesarios para integrar el Código en la tridimensionalidad de lo jurídico, lo político y la cultura toda. La *conciencia estratégica* ha estado en gran medida en silencio, quizás ausente.

15. Contando con el poder necesario, la Presidenta ha podido obtener el dictado, al fin casi a libro cerrado, de un Código que le permitió mantener la iniciativa táctica y sobre todo afirma su presencia en la Historia. Invocando la necesidad de dar pronta apertura a las reformas en materia de familia, pero quizás temiendo una revisión que pudiera producirse luego de una eventual salida del kirchnerismo del poder nacional, se está tramitando que el plazo de *vacancia* del Código Civil y Comercial, fijado en principio hasta el 1° de enero de 2016⁷⁸, se reduzca a agosto de 2015⁷⁹.

La *fortaleza* del gobierno que estableció el Código Civil y Comercial se apoyó en gran medida en la calidad de la propuesta y el amplio y disciplinado control del Congreso⁸⁰.

⁷⁸ Art. 7 de la ley 26994.

Interesa v. Dictamen | Jueves 11 de Diciembre de 2014, por Elisa Carrió, <http://elisa.carrio.org/notas2.php?IDnota=84>, 12-12-2014 (“Se puede decir como sostienen muchos autores, que al igual que existe un debido proceso penal, también contamos con un debido proceso de formación y sanción de las leyes, al que la doctrina norteamericana llama “Law making process”).

⁷⁹ V. Por ley, el oficialismo adelantó la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, [lanacion.com](http://www.lanacion.com), Martes 16 de diciembre de 2014, <http://www.lanacion.com.ar/1752947-por-ley-el-oficialismo-adelanto-la-entrada-en-vigencia-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial>, 17-12-2014.

⁸⁰ En cuanto a las *dimensiones jurídicas*, la intervención codificadora en el Derecho Civil y Comercial obra en un nivel superior, no supremo, del ordenamiento normativo, el orden de repartos y el régimen de justicia. Recorre los caminos actuales de legitimación democrática-autónoma y asume objetos de justicia novedosos, sobre todo vinculados a la vida humana.

b) *La táctica de Teoría General del Derecho abarcadora en la codificación civil de 2014*

16. La fundamentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial especifica que éste se relaciona con *otras normas* ya existentes en el sistema, y que ello ha demandado un esfuerzo importante a fin de lograr la mayor coherencia posible, sobre todo teniendo en cuenta que esas leyes contienen reglas, frases y vocablos disímiles⁸¹. En otros términos, en cuanto a nuestro interés manifiesta expresamente que el Derecho Civil y Comercial (ahora integrados) se relacionan con otras ramas jurídicas.

La táctica de la codificación de 2014, considerada de *constitucionalización* del Derecho Civil y Comercial, con comunidad de principios entre el Derecho Privado y el Público, *mantiene y moderniza* rasgos familiares y patrimoniales de la obra de 1869.

Expresando la constitucionalización, el artículo 1 del Código dice: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. ...” Los dos primeros párrafos son técnicamente innecesarios, pero ideológicamente adecuados. Pese a algunas exclusiones en el ámbito familiar, cabe decir que el Código es más progresista en lo familiar que en lo patrimonial.

Se decidió, de cierto modo en consonancia con el desarrollo capitalista, la *unificación* civil y comercial. A nuestro parecer la unificación puede significar cierta modernización, pero es un empobrecimiento de la consideración de la vida más *civil* que suelen vivir algunas personas, más distantes del mundo “económico”. Una preocupación importante fue la seguridad de las transacciones comerciales.

En la integración se dejaron afuera materias reguladas en cuerpos considerados relativamente autosuficientes, como seguros y quiebras⁸². La exclusión de la responsabilidad civil del Estado generó resistencias, por

⁸¹ Será interesante *aclarar* la relación con el Digesto Jurídico Argentino, ley 26939.

⁸² Es posible v. no obstante v. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) - FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial”, en “Errepar”, 305, XXV, págs. 1 y ss., <http://www.favierduboisspagnolo.com/fds2/wp-content/uploads/2013/03/Cambios-al-sistema-concursal-derivados-del-proyecto-de-c%C3%B3digo-civil-y-comercial.pdf>, 2-10-2014.

ejemplo, por los resultados de diversidad y endeblez del reproche que podría generarse con los diversos regímenes ⁸³.

En el complejo de Teoría General del Derecho abarcadora actual el Derecho Civil y el Derecho Comercial son ahora, separados o integrados, menos protagónicos que en 1869.

17. Los cambios hechos en el Anteproyecto fueron más de ciento ochenta. La materia de “familias” y podría decirse el código en general fueron resueltos en su origen con un carácter más progresista, que se debilitó en el trámite hacia la sanción ⁸⁴. De esta manera, por ejemplo, se satisficieron deseos de la Iglesia Católica ⁸⁵. Un tema a dilucidar será la relación entre la concepción y la fecundación respecto del comienzo de la existencia de la persona ⁸⁶. En cuanto a soluciones al menos relativamente “novedosas” respecto a las familias se incluyen el reconocimiento del matrimonio igualitario y de las uniones convivenciales, la aceleración de los procesos de

⁸³ Kemelmajer criticó que se excluyera del Código Civil la responsabilidad del Estado, MDZ, 12 de Octubre de 2014, <http://www.mdzol.com/nota/563414-kemelmajer-critico-que-se-excluyera-del-codigo-civil-la-responsabilidad-del-estado/,20-11-2014>; ZOMMER, Laura / KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Me dolió que se excluyera del Código Civil la responsabilidad del Estado. Aída Kemelmajer de Carlucci: “Me dolió que se excluyera del Código Civil la responsabilidad del Estado”, La Nación, Domingo, 12 de octubre de 2014, La Nación.com, <http://www.lanacion.com.ar/1734474-aida-kemelmajer-de-carlucci-me-dolio-que-se-excluyera-del-codigo-civil-la-responsabilidad-del-estado,21-11-2014>.

⁸⁴ Se pueden v. por ej. Código Civil y Comercial, Sitio de Consulta y Debate sobre el Proyecto Elaborado por la Comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, <http://www.nuevocodigocivil.com/lo-que-hay-que-saber-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>, 10-10-2014; Palabras de la Presidenta de la Nación, Elaboración del Proyecto, http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf, 18-12-2014.

⁸⁵ V. no obstante “La Iglesia cuestionó el nuevo Código Civil”, Arg Noticias, Jueves, 02 Octubre de 2014, <http://www.argnoticias.com/politica/item/17108-la-iglesia-cuestion%C3%B3-el-nuevo-c%C3%B3digo-civil,20-10-2014>.

⁸⁶ El Anteproyecto decía que la existencia de la persona comienza con la concepción en el seno materno, y con la implantación del embrión en la mujer en el caso de técnicas de reproducción asistida. El Código dispone que la existencia de la persona comienza con la concepción. Se eliminó el resto.

Asimismo no se admitió la maternidad subrogada “El oficialismo retiró el alquiler de vientres del anteproyecto de reforma del Código Civil, Infobae, Viernes 15 de noviembre 2013, <http://www.infobae.com/2013/11/15/1523907-el-oficialismo-retiro-el-alquiler-vientres-del-anteproyecto-reforma-del-codigo-civil,10-9-2014>.

adopción, la regulación de de la fertilización asistida, la agilización del proceso de divorcio y la instauración de las convenciones prenupciales. No se hace referencia al concubinato, sino a la “unión convivencial”. No se considera que haya patria potestad, sino responsabilidad parental. En general se advierte un incremento de la “emancipación” de la filiación respecto del matrimonio. El centro de gravedad es el niño; no los padres ni los cónyuges. Más allá del régimen de propiedad privada, se reconoce otro tipo de valores, como el cuerpo, los órganos y los genes.

El aspecto patrimonial avanzó en la protección de los *débiles*, pero conservó caracteres todavía relativamente liberales, distantes por ejemplo de la consideración de la función social del contrato que establece el Código Civil brasileño de 2002 ⁸⁷. Tal vez, contándose con los desarrollos actuales del Derecho del Trabajo, el Derecho de la Previsión Social y el Derecho de la Seguridad Social ⁸⁸, no se consideró necesaria una fuerte intervención en el ámbito patrimonial privado ⁸⁹ como la que desarrolló el primer peronismo ⁹⁰.

Al fin quizás pueda sostenerse que en lo patrimonial el Código Civil y Comercial es espacio de juridicidad predominantemente burguesa, en tanto el Derecho del Trabajo, el de la Previsión Social y el de la Seguridad Social corresponden a ámbitos de “proletarios” y “subsietarios” ⁹¹.

El Derecho Internacional Privado fue considerado con relativa amplitud y acierto, incluyendo Disposiciones Generales, Jurisdicción internacional y una Parte Especial. No obstante fue incluido como título IV del libro VI denominado “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, de modo que inevitablemente resultó perdido el espíritu específico de la materia. Además se dice que son “Disposiciones”, de modo que podría entenderse que carecen de la unidad que requiere la temática. Pese a que se plantea en particular un adecuado respeto del elemento extranjero, con una

⁸⁷ Redactado con fuerte influencia del jusfilósofo Miguel Reale. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do Contrato.

⁸⁸ El gobierno actual suele hacer Seguridad Social por las vías jubilatorias y de pensiones que tradicionalmente corresponden al Derecho de la Previsión Social. Así lo muestran las jubilaciones muy fácilmente concedidas.

⁸⁹ V. gr. en la prórroga de las locaciones.

⁹⁰ Quizás para la comprensión de la gravedad de los problemas ocasionados por esas intervenciones haya tenido alguna influencia la condición patrimonial de la doctora Fernández de Kirchner, (se puede v. por ej. C5N, Cristina Kirchner habló sobre su patrimonio, <https://www.youtube.com/watch?v=PnDeqY9RETQ>, 14-12-2014).

⁹¹ Poseedores de subsidios.

posición exageradamente nacionalista en lugar de partir del reconocimiento del puesto de la Argentina en el mundo, el Código parte de la Argentina (derecho interno) para encontrar al mundo⁹². Ya Vélez había tenido una orientación diferente⁹³.

⁹² El orden de materias, que es reflejo de una estrategia, presenta también otras cuestiones que quizás deberían ser mejor explicadas. Por ejemplo, tal vez Obligaciones en general se debió dividir en dos grandes rubros Contratos y Otras fuentes de las obligaciones, poniendo dentro de contratos sus especificaciones. Se ha procurado, quizás con acierto, mostrar distanciamiento entre el matrimonio y las uniones convivenciales resolviendo antes que éstas el régimen patrimonial del matrimonio. El orden establecido es: Título Preliminar; *Libro Primero*. Parte General, Título I Persona humana, Título II Persona jurídica, Título III Bienes, Título IV Hechos y actos jurídicos, Título V Transmisión de derechos; *Libro Segundo*. Relaciones de familia, Título I Matrimonio, Título II Régimen patrimonial del matrimonio, Título III Uniones convivenciales, Título IV Parentesco, Título V Filiación, Título VI Filiación, Título VII Responsabilidad parental, Título VIII Procesos de familia; *Libro Tercero*, Derechos personales, Título I Obligaciones en general, Título II Contratos en general, Título III Contratos de consumo, Título IV Contratos en particular, Título V Otras fuentes de las obligaciones; *Libro Cuarto*, Derechos reales, Título I Disposiciones generales, Título II Posesión y tenencia, Título III Dominio, Título IV Condominio, Título V Propiedad horizontal, Título VI Conjuntos inmobiliarios, Título VII Superficie, Título VIII Usufructo, Título IX Uso, Título X Habitación, Título XI Servidumbre, Título XII Derechos reales de garantía, Título XIII Acciones posesorias y acciones reales; *Libro Quinto*, Transmisión de derechos por causa de muerte, Título I Sucesiones, Título II Aceptación y renuncia de herencia, Título III Cesión de herencia, Título IV Petición de herencia, Título V Responsabilidad de los herederos y legatarios. Liquidación del pasivo, Título VI Estado de indivisión, Título VII Proceso sucesorio, Título VIII Partición, Título IX Sucesiones intestadas, Título X Porción legítima, Título XI Sucesiones testamentarias; *Libro Sexto*. Disposiciones comunes a los derechos personales y reales, Título I Prescripción y caducidad, Título II Privilegios, Título III Derecho de retención, Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado.

⁹³ V. las recomendaciones de la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en el XXVI Congreso, realizado en San Miguel de Tucumán los días 4,5 y 6 de septiembre de 2014: AADI, <http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=5&opc=2>, 10-12-2014.
En cuanto al debate acerca de la influencia que ha de tener la Constitución en el Derecho Internacional Privado es posible v. por ej. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Normas de Derecho Internacional Privado: Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil". http://eprints.ucm.es/9465/1/NORMAS_DE_DERECHO_INTERNACIONAL_PRIVADO.pdf, 12-11-2014.

18. La nueva conciencia jurídica, enriquecida por el sentido democrático y de los derechos humanos, hace que el Código Civil y Comercial, como las normas de todas las ramas del Derecho, deba ser desenvuelto integradamente atendiendo a las nuevas ramas jurídicas “*transversales*”, como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho de la Niñez y Adolescencia, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Educación, etc. El Código recoge, por ejemplo, disposiciones importantes de Derecho de la Salud y Bioderecho (algunas objeto de polémica) y es con esos sentidos enriquecedores que han de hacerse funcionar todas sus disposiciones. Parte de las propuestas progresistas que contenía el proyecto originario en cuanto a Derecho de la Salud y Bioderecho fue suprimida, pero vale tener en cuenta la necesidad de su pronta debida consideración.

c) Enfoque de conjunto de la Teoría General del Derecho abarcadora en las tácticas de la Constitución de 1853/60, el Código Civil de 1869 y el Código Civil de 2014

19. El Código Civil y Comercial pertenece a un modelo general de enfrentamiento, pero no genera él mismo una posición de enfrentamiento. Más bien se integra con las expectativas que hubieran satisfecho codificaciones de otros gobiernos. En su modelo parece corresponder al fin a una táctica de *relacionamiento*. La calidad reitera una táctica de *propia excelencia*.

20. El nuevo Código tiene, en parte a causa de la Reforma de 1994, una ubicación bastante diversa de la que la obra de 1869 obtuvo de la Constitución de 1853/60. En sus flancos aparecen ahora también el Derecho del Trabajo, el Derecho de la Previsión Social y el Derecho de la Seguridad Social que hacen que quienes no encuentren lugar en el sistema patrimonial civil puedan hallarlo en estas ramas, sin caer en la marginalidad. De todos modos, importa considerar que el alto grado de desocupación hace que el lugar de alguna manera más eficaz en cuanto a contención social lo cumpla el asistencialismo incluido en la seguridad social. Esto contribuye a explicar, por ejemplo, el limitado interés de los trabajadores en la nueva obra civil y comercial.

Aunque el país es ahora mucho más importante que en 1869, quizás quepa decir que relativamente el Código Civil y Comercial de 2014 tiene

para la Argentina de hoy menos relevancia táctica que la que poseyeron el Código de Comercio y el Código Civil de 1859/62 y 1869⁹⁴.

21. A nuestro parecer, los avances jurídicos y científico-técnicos, incluyendo los saberes en las ciencias jurídicas y sociales, y los cambios en las referencias valorativas con que se encontraron los autores de la Constitución de 1853/60 y los Códigos de 1869 y 2014 evidencian que se habían producido *carencias* (lagunas) *históricas* y era necesario producir *carencias dikelógicas* que justificaron, de diversas maneras, las elaboraciones (integraciones) de (con) las obras de referencia.

Las *estrategias*, sobre todo las de la Constitución y el Código de 1869, resultaron en general acertadas⁹⁵. Para una evaluación de la de 2014 es necesario conocer más el porvenir.

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

⁹⁴ En el horizonte histórico general del tema se puede ampliar en nuestro libro “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1359/1549>, 12-12-2014.

⁹⁵ Nos referimos a los autores y el país.