

Roberto Dromi - Eduardo Mertehikian

**REFLEXIONES DE DERECHO PÚBLICO
AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

A propósito del Título Preliminar



Buenos Aires - Madrid - México
2012

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

RAZÓN DE LAS REFLEXIONES.....	11
--------------------------------------	-----------

PRIMERA PARTE

INTEGRAR EL PROYECTO EN UNIDAD CON LA CIENCIA DEL DERECHO

I. RESGUARDAR LA LEGALIDAD, LA LIBERTAD Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	15
1. Equilibrio entre libertad y autoridad	15
2. Reciprocidad entre legalidad y libertad	16
3. Repartos entre Dios y el Estado	17
4. Armonía entre la ley y la Constitución	19
5. Derivaciones de la libertad y la autonomía de la voluntad....	19
6. Autonomía de la voluntad en el derecho público	20
7. Vínculos entre la legalidad y la autonomía de la voluntad....	21
8. Desjerarquización inconstitucional de la autonomía de la voluntad.....	22
9. Afectación inconstitucional a la división de poderes	23
10. Vigencia de la libertad y la legalidad.....	25

II. AMPLIAR EL ESPACIO NORMATIVO DEL DERECHO COMÚN	27
1. Los tratados internacionales y las nuevas dimensiones y supremacías normativas	27
2. Inapropiada identificación absoluta del Código Civil y Comercial con el derecho común del que sólo es una parte.....	31
3. La manda constitucional unitaria del art. 75. incs. 12, 18 y 19 para crear una jurisdicción uniforme.....	32
4. Competencia del Congreso para legislar sobre el derecho común. La diferencia de alcance entre el Título Preliminar y el resto del Proyecto.....	33
5. La legislación de fondo en nuestro sistema jurídico consagra un ordenamiento uniforme de la juridicidad	36
6. Unidad, integridad y completividad del ordenamiento jurídico	37
7. Ampliar el ámbito de la juridicidad uniforme con las regulaciones de derecho público sobre las instituciones jurídicas comunes	39
III. SUSTANCIALIZAR LAS REGULACIONES NORMATIVAS	43
1. En la configuración de las categorías jurídicas debe preferirse la voluntad creadora general de la ley a la voluntad creadora individual del juez	43
2. De qué hablamos cuando hablamos de ley	45
3. Que la ciencia jurídica sea una ciencia de problemas singulares no significa que deba delegarse exclusivamente en la jurisdicción la creación de las categorías jurídicas.....	47
4. La legalidad constitucional y los límites a la discrecionalidad de la ley, del acto administrativo y de la sentencia	50

SEGUNDA PARTE
**ARMONIZAR LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN
 E INTEGRACIÓN DEL DERECHO**

IV. CONSTITUCIONALIZAR LAS REGLAS DEL SISTEMA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA	57
1. Los sistemas jurídicos desde el siglo XIX pro-legislación (sistema continental romanista) y pro-jurisprudencia (sistema <i>common law</i>).....	57
2. El Proyecto de reforma al Código Civil. Un cambio de paradigma	59
3. Las diferencias y desarmonías entre los artículos 1° y 2° del Proyecto	60
4. La interpretación de los casos (art. 1°) y la interpretación de la ley (art. 2°).....	62
5. El art. 2° del Proyecto y el art. 16 del Código Civil	64
6. Y ahora la jurisprudencia es reconocida como fuente del derecho para el caso	66
7. Orden jerárquico y prelación entre las vías de interpretación.....	69
8. Indebida inclusión de los tratados de derechos humanos entre las vías de interpretación de las leyes	70
9. Los tratados ordinarios en la interpretación del caso (art. 1°) frente a los tratados de derechos humanos en la interpretación de la ley (art. 2°)	70
10. Habilitación de la arbitrariedad judicial	71
11. Vulneración de la división de poderes.....	73
12. Conclusiones. Inconveniencia e ineficacia del sistema de interpretación jurídica	74

V. VIABILIZAR LA COHERENCIA NORMATIVA CON EL DERECHO HISTÓRICO	77
1. La inflación legislativa y la incertidumbre de su inserción en la realidad social	77
2. Cuerpos jurídicos unificados o separados	78
3. Trayectoria del Digesto Jurídico Nacional	79
4. El derecho histórico en el contenido del Digesto Jurídico Argentino	80
5. El derecho histórico y la integración e interpretación del derecho	81
6. ¿Por qué el derecho histórico es fuente de interpretación y conocimiento del derecho?	84
7. La significación del Digesto para saber y conocer los derechos, deberes y responsabilidades ciudadanos contra la ignorancia y opacidad de las leyes	87
VI. EXPLICITAR Y ACOTAR LA APLICACIÓN NORMATIVA SUPLETORIA	91
1. La regulación de las matrices de las instituciones jurídicas es función del Código Civil	91
2. El Proyecto de Código Civil y Comercial es "sinuoso" respecto del derecho administrativo	93
3. El derecho administrativo no es independiente del Código Civil	95
4. El Proyecto debe permitir la aplicación del Código en la resolución de situaciones regidas primariamente por el derecho administrativo	97
5. La aplicación supletoria y analógica del Código Civil al derecho administrativo debe hacerse en forma expresa, sistémica y orgánica	99
6. La primacía del derecho administrativo y la aplicación subsidiaria del Código Civil deben ser incluidos en el Proyecto en trámite	101

7. La reforma del Código Civil y Comercial debe ser acompañada de un Código Administrativo Nacional	102
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

VII. JERARQUIZAR EL VALOR JURÍDICO DE LOS USOS Y COSTUMBRES	103
1. Conceptualización de la costumbre jurídica	103
2. Costumbre y ley	105
3. Inconveniencia de la limitación legal de la costumbre	107
4. La costumbre en derecho comercial	110
5. La costumbre administrativa	111
6. Consideración de la costumbre como fuente de derecho	112

VIII. ARMONIZAR EL PROYECTO CON LAS REGULACIONES INTERNACIONALES DELEGADAS	115
1. La territorialidad y/o internacionalidad regulatoria y su dinámica expansión	115
2. Imperatividad de la OMC para regular una especie de Código de Comercio Global	117
3. La OMC y la contratación pública	118
4. Interpretación y aplicación de los preceptos internacionales. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	119
5. Interpretación y aplicación de los preceptos internacionales de la OMC en los términos del Proyecto	124

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	125
-------------------------------------	-----