

ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO

ABOUT THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW

TOMAS GUILLERMO RUEDA¹

RESUMEN:

La denominada “Constitucionalización del derecho privado” suscita algunas controversias en la doctrina por las diferentes posiciones asumidas en orden a su significado y alcance. Sin embargo, la introducción de los “nuevos derechos y garantías” en la reforma constitucional de 1994, como también la valorable recepción legislativa de los derechos humanos (Art. 75, inc. 22, CN), que constituyen derechos fundamentales de jerarquía supranacional, exigen del Derecho Privado su adecuación a estas nuevas fuentes y no únicamente su subordinación (Art. 31, CN). El nuevo código civil y comercial no desatendió esa directiva, disponiendo su interpretación conforme a los Tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (Art. 2 CCCN). La meritoria positivización de los Derechos Humanos, en la Constitución Nacional, impuso su aplicación en el nuevo código, fiel al efecto operativo de aquella.

ABSTRACT

The so-called “private law constitutionalization ” raises some controversies in the legal doctrine regarding its meaning and scope of action. However, the inclusion of a new chapter in the 1994 constitutional reform, under the heading “New Rights and Guarantees” (second section of the first part), as well as the valuable reception of the human rights legislation (art. 75, 22, CN) which constitute fundamental rights with supranational hierarchy, demand the suitability of the private law and not only its subordination (art. 31, CN). The new civil and commercial code has not neglected this directive, by stating its interpretation considering the dispositions contained in the human rights treaties, the principles and juridical values, consistently integrated with the whole system (art. 2, CCCN). The commendable positivization of human rights in the national constitution has imposed its regulation in the new civil and commercial code, following the operative effect mandate by the constitution.

¹ Abogado, profesor Asociado de Seminario de Integración y Práctica Profesional II (UBP); Tutor Superior de Derecho Civil I (carrera de Abogacía a distancia, UBP); Tutor Superior de Derecho Civil I (carrera de Martillero y Corredor Inmobiliario a distancia, UBP); Especialización en Derecho del Seguro y la Responsabilidad Civil (UNC); Cursado Doctorado en Derecho (UNR, promoción regularizada 2014).

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización. Positivización de los Derechos Humanos. Eficacia Operativa. Coherencia. Consagración normativa.

KEY WORDS: Constitutionalization Positivization of Rights Humans. Operational Efficiency Coherence. Regulatory Consecration.

I. La Constitucionalización del Derecho Privado.

En el marco de la extensión que esta publicación requiere, desarrollaremos esta temática siempre vigente.

En la doctrina europea viene desarrollándose años atrás lo que se ha dado en denominar "Derecho Privado Constitucional"², influenciado por los procesos de reforma constitucional de la posguerra en países como Italia, Alemania, Francia y España que dejaron entrever en sus constituciones la faz jurídica, antes omitida por estar, algunas más que otras, sometidas al mundo de la política y no del derecho. De allí la integración en sus constituciones de materias propias del derecho privado, como acontece con los Derechos de la Personalidad tanto en España como en Alemania.

Esto no aconteció con nuestra Constitución Nacional que supo mantenerse adaptada a los cambios de los tiempos, conservando el texto básico de 1853, sin perjuicio de las interrupciones sufridas en nuestro proceso democrático.

La constitucionalización del derecho privado es entendida en cierto sector de la doctrina extranjera, como la elevación a rango constitucional de los principios y reglas básicas de esa rama jurídica³.

Más prácticamente concebida como la aplicación de principios constitucionales en las normas de derecho privado.

La constitucionalización reviste características similares en los distintos países: 1o Es un fenómeno a la vez jurídico y político, pues toda Constitución, por propia naturaleza, reviste esa característica y tiende a transmitirla a las normas con ella relacionadas.- 2o Se centra en las reglas básicas, particularmente tratándose de Constituciones rígidas, pues la misma naturaleza del fenómeno no se presta a descender en detalles.- 3o Tiene un trasfondo garantizador referente a la línea de desarrollo de la legislación ordinaria.- 4o El fenómeno de la constitucionalización, por propia naturaleza presupone la formulación de una Constitución escrita y construida como ley de leyes.-

1. Adecuación del Derecho Privado.

El Derecho Privado debe experimentar cambios que la pongan a tono con aquella. Esos cambios se deberán producir en dos grandes ámbitos, de un lado, en los nuevos desarrollos legislativos que, sobre las diferentes materias, se presenten, estaríamos en lo que puede llamarse la **constitucionalización legislativa del derecho privado** y por la interpretación que por los jueces se realice de los textos legales contenidos en los códigos imperantes, sería lo que llamaremos la **constitucionalización judicial del derecho privado**.

Ese proceso de adaptación es lo que se conoce, en términos generales, como la consti-

2 RIVERA, Julio César (1994); "El Derecho Privado Constitucional", Revista de Derecho Privado y Comunitario, pp. 27-52.

3 "La constitucionalización del derecho social en España comparada con la Argentina"; Jaime Illuis y Navas www.acaderc.org.ar del 10.04.2019.

tucionalización del derecho privado⁴.

La necesidad de renovar y de actualizar la legislación civil y comercial está fundada en la presentación del proyecto del nuevo código en la necesidad que el Derecho acompañe las transformaciones sociales y no únicamente en la antigüedad de dos códigos decimonónicos.

2. La necesaria integración del Derecho Público y el Derecho Privado.

Vienen al caso dos reflexiones reproducidas por el jurista colombiano precedentemente citado, dando cuenta del papel que asiste al derecho privado, citando al filósofo del derecho español Legaz Lacambra *"Hay que reconocer que la ciencia del derecho privado se ha puesto a la cabeza de las ciencias jurídicas, por eso el derecho público no debe tener inconveniente en imitarla y seguirla, es preferible que imite al derecho civil a que pierda todo el carácter jurídico y caiga a nivel de literatura política de periódico"*.

Parecía repetir la sentencia de Cicerón pronunciada siglos atrás cuando señalaba: *"Es pues, necesario que lleguéis al convencimiento profundo de que nada debe ser defendido en las Civitas con tanta atención como la estabilidad del ius Civile"*

Tradicionalmente, tanto en nuestro sistema jurídico, como en la opinión de la doctrina especializada, el derecho privado era una rama del derecho y el derecho público otra rama totalmente diferenciada, tanto que no tenían puntos de conexión, adviértase que el Código Civil de Vélez Sársfield en ningún artículo mencionaba la Constitución Nacional o los tratados internacionales.

En el proyecto de la Comisión Redactora se enumeró entre los fundamentos, como punto III) la *"Constitucionalización del derecho privado"*, agregándose a renglón seguido que *"La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre lo público y lo privado. En este Proyecto existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en numerosos casos"*.

De allí que resulte un cambio de paradigma muy importante el enfoque dado al nuevo Código.

vaciones y riesgos apuntados en orden a la Constitucionalización del derecho privado.

El artículo 1º del Código Civil y Comercial dispone en su primer párrafo que *"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 lo que la República sea parte"*.

Parte de la doctrina nacional observa la redacción ambigua que comporta la expresión "casos" y, adentrada a la constitucionalización que pudiere surgir a través de la mención expresa de la Ley Fundamental y tratados internacionales, que realiza el citado artículo introductorio del Código Civil y Comercial, interpreta que la conformidad de las leyes con la Constitución no proviene de la mentada constitucionalización del derecho privado; sino que el Art. 31 de la ley cimera y la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son quienes ordenan desde tiempo remoto, esa supremacía normativa y esa consideración⁵.

También advierten sobre el riesgo que la Constitución se expanda sobre cuestiones de derecho privado en función a las interpretaciones actuales que, convalidando el constitucionalismo del derecho privado, pueden llevar a una Constitución adaptada al código

4 Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2010): "La Constitucionalización del Derecho Privado" (es.scribd.com/document/376530177/Dialnet-LaConstitucionalizacionDelDerechoPrivado) (20 de abril de 2019)

5 GARAY, Alberto F. (2016): "El nuevo derecho común, la Constitución y los Tratados", CALVO COSTA, Carlos (Dir); "Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial", Bs As., La Ley. Tomo I, pp 5-22.

civil y no al revés; pues la necesidad surgente es la de adaptar las instituciones civiles a la reforma constitucional de 1994, guardando coherencia con el principio de supremacía que debe primar en el ordenamiento⁶ (Dalla Via pag 6 y 15).

El mismo autor sostuvo oportunamente que *“La ”consitucionalización del derecho privado” es una expresión que puede dar lugar a conclusiones equívocas. En nada desmerece al derecho privado seguir cumpliendo su rol de cuerpo jurídico infraconstitucional destinado a reglar las relaciones privadas entre particulares, sin necesidad de alterar la jerarquía normativa que se ordena a partir del principio de supremacía establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional”*.

Cabe recordar expresiones del eximio jurista tucumano, Juan Bautista Alberdi, preocupado porque el derecho civil no se aparte de la Carta Magna, refiriendo que puede ser un medio de alterar el derecho constitucional en sus garantías; criticando de ese modo el código civil argentino en cuanto abreva de la obra del jurisconsulto brasileño Augusto Texeira Da Freitas, *Consolidação das Leis Cíveis*.

Ciertamente que sus expresiones críticas valieron la respuesta del codificador, Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield: *“...Ni en Roma ni en Constantinopla ni en París, los profesores de la ciencia jamás oyeron que hubiese algún tratado de obligaciones democráticas, de contrato democrático, de códigos democráticos o de códigos de libertad”*.

Como bien señalaba el reconocido jurista tucumano en los primeros tiempos de la Constitución, el derecho privado debe recoger los valores de esta siendo beneficiario de los principios democráticos y de los valores propios del liberalismo político al que adscribe la Constitución⁸, reconocido por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹.

Si bien pueden resultar dignas de mención y atención las observaciones y riesgos apuntados, en distintas épocas, no menos cierto es que con la reforma del año 1994 la Constitución Nacional genera nuevas fuentes reafirmando un rumbo de protección de los derechos humanos y, en general, de socialización del derecho, a la que toda legislación infra constitucional debe reconocer, adaptando sus instituciones a tales preceptos.

El apuntado cambio de paradigma tiene consagración legislativa en el código civil y comercial, siendo además reconocido en general por nuestra doctrina. Así, por caso, destacados autores refieren que el nuevo código se preocupa no sólo de los derechos individuales, sino también de los denominados derechos de incidencia colectiva, e incorpora nuevos paradigmas que hunden sus raíces en la Constitución reformada en 1994: no discriminación, igualdad real, sociedad multicultural¹⁰.

Reafirmando los conceptos alberdianos, sostenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Código debe ser la expresión de los valores liberales de la Constitución, su sujeto es la persona, su ámbito de regulación es el ejercicio de la libertad y sus presu-

6 Dalla Via, Alberto F; “CUESTIONES CONSTITUCIONALES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”;ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS (2016);, Anales, Bs As., ed. Casamajor.

7 Dalla Via Alberto R “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial”,Ed. La Ley 2014-B, p. 913.

8 Alberdi, Juan Bautista; “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853”, Buenos Aires, ed. La Cultura Argentina (1921), publicada en Valparaíso en 1854, y en el escrito que redactó en Noviembre de 1867 “El Proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil, carta dirigida a sus compatriotas y amigos”.

9 Fallo “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual c/ Inspección General de Justicia”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 21/11/2006. Recurso de Hecho interpuesto por la parte actora: “...La restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca (...) a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del “derecho a ser diferente”, pero no puede confundirse nunca con la “igualación”, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales...”.Según el voto del juez Fayt, en consonancia con la decisión de la mayoría:“(...) la Cámara no ha advertido la inconsecuencia a la cual conduce irremisiblemente su errónea concepción del bien común, pues no intenta conciliar la rigurosa comprensión asignada al texto infraconstitucional en juego con los derechos reconocidos desde 1994 en la Ley Suprema a las asociaciones que, como la actora, tienen por objeto evitar cualquier forma de discriminación, al atribuirseles capacidad procesal para pretender ante el Poder Judicial la tutela del derecho señalado.”De esta manera, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia de la Cámara Federal (Sala k).

10 RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel (2018); “Derecho Civil – Parte General –”, Bs As.,Ed Abeledo Perrot, p.14.

puestos la inviolabilidad de la persona, el reconocimiento de su dignidad, la autonomía personal y la tolerancia”.

Algunos autores han recurrido a expresiones similares desde la Doctrina, como ocurre con la obra del Dr. Jorge Mosset Iturraspe titulada “Derecho Civil Constitucional”. En este caso, la referencia parece estar más bien dirigida a la regulación en la ley civil de instituciones de naturaleza constitucional, refiriendo a la “publicización” del derecho privado cuando por caso busca la libertad en concreto frente a la libertad en abstracto. Afirma que el Derecho Privado se publiciza porque toma del Derecho Público estas inquietudes y las hace suyas.

Diferente a la óptica adoptada por el Dr. Horacio Rossatti en su volumen titulado “Tratado de Derecho Constitucional”, pasando revista, desde la transcendencia supranacional a temas jerarquizados del derecho privado como lo de la “vida, identidad y privacidad”¹².

II. Nuevas fuentes del ordenamiento. La constitucionalización y sus efectos.

Desde la reforma constitucional argentina de 1994 se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho. los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Argentina), son fuentes que conforman, con su entidad supranacional en el ordenamiento jurídico argentino, una modificación del orden jurídico en general.

Estamos en presencia, de este modo, ante el fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho Privado” razón por la cual la legislación ordinaria debe partir de este “sistema” para interpretar y aplicar el derecho.

Este proceso de constitucionalización, más fuertemente arraigado en los países desde la segunda mitad del siglo pasado, convive en un escenario caracterizado por la aparición de un espacio económico supranacional en un mundo de mercados integrados, como también de la internacionalización de los derechos humanos en la que los países en general acuerdan modificar su propia legislación interna resguardando tales derechos y sometiéndose a una jurisdicción internacional.

Ciertamente que ese Derecho Supranacional tiene cabida en nuestra Constitución a través de la reforma habida en el año 1994, mediante la incorporación de los tratados internacionales.

Como consecuencia de ello, las cuestiones sometidas a la legislación del Derecho privado deben ser resueltas conforme a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, interpretándolas acorde a la Constitución Nacional y a los tratados ratificados por la Argentina.

Uno de los principales efectos de esta “Constitucionalización del Derecho común” es que, precisamente, aunque no haya disposición legal que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación, distinguiendo la eficacia que las normas civiles constitucionales pueden producir sobre el ordenamiento jurídico civil, en directa, derogatoria, invalidatoria, interpretativa e informadora o directiva¹³.

11 Rivera, Julio César, op. cit., p. 9/10; explicando el alcance axiológico de la constitucionalización.

12 ROSATTI, Horacio (2017); “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo I, Bs As. Ed Rubinzal-Culzoni, pag 211 y ss.

13 Rivera, Julio César, Op. Cit, pag 8/9. BORETTO, Mauricio “La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino” (civilistica.com- a. 4. n. 2). (2015):“1. Eficacia directa: Por ejemplo, si bien en la Argentina no se ha reglamentado el derecho de réplica o respuesta (que se ejerce contra las empresas periodísticas para que rectifiquen noticias erróneas o incompletas), al estar expresamente reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14), cualquier particular puede reclamar al medio periodístico que difundió una noticia errónea o inexacta que los afecta personalmente a que, por igual medio, la corrija o complete. 2. Eficacia derogatoria: esta característica implica que las disposiciones constitucionales derogan cualquier disposición legal que las contradiga. Por ejemplo, debe considerarse derogada toda disposición legal que discrimine a la mujer. Es lo que ocurrió con el artículo 1276 del Código Civil argentino que disponía

Por ello, la interpretación y aplicación del Derecho Privado argentino no debe desatender la siguiente directiva: adecuar el Derecho común a la Constitución y a los Tratados de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994 y no al revés.

III. La constitución y el Estado Social de Derecho.

La reforma de 1994, como dijimos, acentuó los principios del Estado Social de Derecho, plasmada nítidamente en la redacción del artículo 75, en cuyos incisos se encuentra desarrollado el “núcleo ideológico” de la reforma, sobresaliendo el nuevo inciso 19 que contiene la llamada “cláusula del nuevo progreso” o del “progreso económico y social”, en el que se consagran principios liminares como el “desarrollo humano” o el “crecimiento económico con justicia social”.

IV. Derechos privados incorporados en La Constitución.

Si bien en la Constitución Nacional de 1853 ya estaban incorporadas cuestiones de derecho privado como la protección de la privacidad y de la propiedad, no menos cierto es que no encontró la exteriorización debida hasta la reforma del año 1994.

En ese ideario, en la primera parte de la Carta Magna, surgen en su capítulo II, los llamados “*Nuevos Derechos y Garantías*”, integrados desde el artículo 36 al 43 del texto constitucional reformado.

Sin perjuicio de la previsión del enriquecimiento ilícito, comprensivo de ramas del derecho privado y público, están consagrados los derechos de participación e igualdad; los derechos de incidencia colectiva, como el derecho a un ambiente sano y equilibrado y los derechos de los usuarios y consumidores, temas que forman parte de las novedades incorporadas por el Código Civil.

Así se destaca el texto del artículo 41 cuando regla sobre la consagración de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer la de las generaciones futuras, previendo la recomposición del daño ambiental.

El artículo 42 que contempla al consumidor en sus relaciones de consumo defendiendo su salud, seguridad e intereses económicos¹⁴. Precisamente en el mismo artículo defiende la competencia contra toda distorsión del mercado y procurando el “control de los monopolios naturales y legales”. Al preocuparse por regular el mercado sano y libre, evitando las conductas monopólicas, el constituyente defendió el modelo de economía de mercado, que encuentra fundamento en la libre iniciativa propia del modelo originario, respetando el espíritu alberdiano.

La protección de los derechos personalísimos que también surge de ese capítulo, ya sea

que, si no se puede determinar el origen de los fondos, el bien ganancial es de administración marital. La doctrina consideró que esta disposición estaba derogada por violar el principio de igualdad de hombre y mujer y así fue declarado por el Derecho judicial. Finalmente, esta posición fue recogida por el legislador quien -a través de la ley 25.781- sustituyó el párrafo polémico del artículo 1276 Código Civil argentino, y dispuso que estos bienes son de administración conjunta de ambos cónyuges. 3. Eficacia invalidatoria: este carácter está estrechamente vinculado al anterior pues la disposición de jerarquía legal que se opone a una norma constitucional es inválida y, por ello, puede ser declarada inconstitucional por los jueces. 4. Eficacia interpretativa: se ha dicho que la visión constitucional exige una “relectura” de los textos legales, de tal modo que la interpretación de la ley esté siempre adecuada a la Constitución. Por eso, cuando una ley es pasible de ser interpretada de diversos modos, uno que contradice la Constitución y otro que se adecua a ella; quien interpreta y aplica la ley debe hacerlo de manera que la norma resulte conforme a la cláusula constitucional. En otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de la ley”.

14 Hernandez, Carlos y Frustagli, Sandra (2009); “La Obligación de Seguridad en las Relaciones de Consumo”; Picasso-Vazquez Ferreyra (Directores), “Ley de Defensa del Consumidor – Comentada-”, Tomo I, Bs. As., La Ley.
Santarelli, Fulvio G., “Información al Consumidor y Protección de su Salud”, op. cit, pag 63 y ss.
Andrada, Alejandro Dalmacio, “El Estado y la Defensa de los Consumidores –El derecho a la protección de los intereses económicos.”, op. cit, Tomo II, pag. 80.

el artículo 43 cuando consagra la protección del habeas data a través de la acción de Amparo, como el artículo 42 protegiendo la salud, seguridad, libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

La transformación de las variables de poder experimentada en la comunidad universal, en un escenario de economía de mercado globalizada, también incide para que el ordenamiento constitucional contemple aspectos del derecho privado, resguardando y garantizando derechos y libertades esenciales del individuo; sin que ello implique contrariar el principio de supremacía constitucional por una supuesta adecuación de la Constitución Nacional al derecho privado¹⁵.

Tradicionalmente era concebido el poder en manos del Estado y de allí la práctica inveterada de contener el avance del Estado sobre el individuo, resguardando su libertad física a través de la garantía constitucional del Habeas Corpus.

Esta concepción se ha enriquecido a resultas de la aparición de grupos de poder económico, financiero y social que irrumpen con potencialidad dañosa susceptible de afectar los derechos esenciales de la persona¹⁶. De allí que el artículo 43 prevea la acción de amparo tendiente a proteger en forma rápida y expedita los derechos enunciados en la sección.

V. Algunos de los preceptos constitucionales plasmados en el nuevo Código Civil y Comercial.

Advertimos que los mencionados Fundamentos del nuevo código civil y comercial reconocen el proceso de “constitucionalización” que incluye los tratados y convenciones relacionados en su destacado artículo 75.

Precisamente nuestro país, como signatario de los tratados de derechos humanos, tiene el deber jurídico de adoptar medidas para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos¹⁷.

Esa tutela no se limita a una rama del derecho, sino que incorpora el bloque de constitucionalidad y convencionalidad internacional directamente operativo¹⁸.

El derecho supranacional de derechos humanos constitucionalizado (art. 75, inc. 22, de la CN), establece las bases fundamentales del régimen de los derechos personalísimos, en tanto la dignidad personal como sus emanaciones (intimidación, imagen, identidad, honor y derechos sobre el propio cuerpo), son reconocidos de manera explícita en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros instrumentos supranacionales. Consecuentemente, siguiendo al común de la doctrina¹⁹ podemos apreciar su reconocimiento en distintas partes del código unificado:

1. Autonomía

El artículo 56 del nuevo código patentiza este principio, desprendido de las nuevas garantías constitucionales y de su señero artículo 19, en tanto faculta a la persona capaz decidir sobre su propio cuerpo aún en riesgo de su salud y de la vida²⁰.

Este principio impera también en las nuevas normativas sobre capacidad restringida – proceso de capacidad progresiva-, en los inhabilitados y en la capacidad de los menores.

15 Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”(2003) (Primera Parte-Derecho Constitucional Protectorio), pag. 13; Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

16 BORETTO, Mauricio “La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino” (civilistica.com- a. 4. n. 2). (2015).

17 Ley nacional 23.313. Art. 2 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

18 “Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial”, Dir. Carlos Calvo Costa. “Aproximación al objeto de los actos jurídicos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, María Isabel Di Filippo, pag. 871.

19 Entre otros, Rivera Julio Cesar (2018); “Derecho Civil – Parte General-”, Bs As. Ed. Abeledo Perrot, 2018, pag. 10.

20 Art. 56, CCCN.

2. Dignidad de la persona humana

El art. 51 del Código Civil y Comercial consagra expresamente la inviolabilidad de la persona humana y el artículo siguiente en cuanto concede acción para prevenir y reparar, en su caso, el daño infringido

3. Abuso de Posición dominante

Desprendido del artículo 42 de la Constitución Nacional, antes referido, el código civil y comercial reprueba en su artículo 11 el abuso «de una posición dominante en el mercado», aclarando, no obstante, que ello lo es “sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

Por caso, la ley nacional 25.156 que rige la defensa de la competencia es una ley especial que comprende a las personas jurídicas o “físicas”, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas²¹, entendiendo a la posición dominante como aquella en que la persona es la única que ofrece el producto o servicio; como también quien sin ser el único oferente, no está expuesto a una competencia sustancial o, en su caso, dado su poderío, puede perjudicar a sus pares determinando la viabilidad económica del competidor²². Pero, precisamente, el artículo 11 citado no es redundante (es “sin perjuicio...”), estando comprendida entonces aquellas relaciones jurídicas cuyos sujetos no realicen habitualmente actividades económicas, pero que en el contrato en particular –regido por este código- ocupen una “situación dominante” (situaciones que pueden configurarse en los contratos de adhesión, en los contratos de locación, en los contratos de mutuo, etc.)

4. Derechos de las comunidades indígenas. La multiculturalidad prevista en tratados internacionales.

El mandato constitucional de 1994 que reconoce a los pueblos indígenas la «posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan», la cual como expresan los redactores del Código en los Fundamentos²³ “debe ser recibida en el Código Civil”.

El artículo 18 del Código Civil y Comercial prevé que las comunidades indígenas tienen la posesión y propiedad comunitaria sobre las que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, según lo establezca una ley especial²⁴.

5. Derechos de incidencia colectiva

Debemos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación el esfuerzo clarificador en orden a la clasificación de los derechos individuales, colectivos e individuales homogéneos²⁵.

No obstante, la redacción final del código civil y comercial se aparta del Proyecto al no distinguir, entre los derechos de incidencia colectiva, a los derechos individuales homogéneos²⁶.

Esta omisión parece desoír el mandato constitucional y convencional que la legislación infra constitucional debe observar adecuando sus preceptos a la Constitución Nacional y normas con jerarquía supranacional. Sin embargo, los derechos humanos fundamentales, entre los que están registrados los de incidencia colectiva, resultan directamente

21 Ley 25.156, art 3.

22 Ley 25156, art.4.

23 Apartados III, 7, 5. Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial.

24 Ley 23.302. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó la titularidad de esos derechos a estas comunidades (CSJN, 6/8/2013, «Universidad Nacional de Salta»).

25 Reconocida causa “Halabi, Ernesto c/P.E.N. –Ley 25783-Dcto 1563/04 s/Amparo”, sentencia del 24.02.2009; SAIJ FA09000006.

26 Código Civil y Comercial, Art. 14: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueden afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

operativos, conforme explicitado supra²⁷; sin perjuicio que su inclusión normativa es requerida por el buen orden normativo.

Si continuamos deteniéndonos en el léxico empleado por la norma en análisis, advertimos que en doctrina genera controversias interpretativas si está reglando un supuesto específico del ejercicio abusivo del derecho; si incorpora los derechos de incidencia colectiva o resulta un intento armonizador entre los derechos individuales puestos en escena frente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Ciertamente que cada vez que se excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres como también cuando se contraríen los fines del ordenamiento jurídico, estaremos en presencia de un ejercicio abusivo del derecho. En este artículo 14 del código civil y comercial, el legislador hace especial hincapié en calificar abusivo el ejercicio de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva, pero al mismo tiempo está reconociendo expresamente su existencia en la norma sustantiva, exigiendo el ordenamiento civil y comercial un ejercicio regular y compatible con los derechos de incidencia colectiva²⁸.

La protección del medio ambiente revela un interés superior al individual, estando comprometidas las generaciones venideras en la lucha por vivir en un ambiente sano y de allí las limitaciones impuestas al ejercicio de los derechos individuales en resguardo de aquellos intereses superiores, respetando incluso la normativa sobre presupuestos mínimos que debe aplicarse²⁹.

La reparación del daño ambiental, constitucionalmente consagrado, encuentra cabida en el código civil y comercial³⁰ al estar contemplado el daño a los derechos de incidencia colectiva dentro de la sección de Daño Resarcible (Sección IV del capítulo dedicado a la Responsabilidad Civil- arts. 1708 y ss del código civil y comercial) y en definitiva resultarle aplicable las disposiciones sobre resarcimiento.

6. Apellido de los hijos.

El Art. 64 del Código Civil y Comercial³¹, cumple con los postulados de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, Convención esta de alcance supranacional a tenor de la jerarquía dotada por el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y que reconoce, para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Así, esa Convención en su artículo 16, inc. g, prevé que los Estados partes asegurarán, en igualdad de condiciones del hombre y la mujer, los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación.

Si bien esta Convención estaba vigente en el anterior código civil, no fue introducido expresamente en dicho ordenamiento esta equiparación del hombre y la mujer en orden a la elección del apellido familiar.

27 Constitución Nacional. Arts. 41/42.

28 Código Civil y Comercial, art. 240.

29 Ley 25.675, art. 6.

30 Constitución Nacional, art. 41: “...El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Art. 1737, CCCN: “Concepto de daño: Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto...un derecho de incidencia colectiva.”

31 Código Civil y Comercial, art. 64: Apellido de los hijos. El hijo matrimonial lleva el primer apellido de algunos de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo...Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos...”

7. La Capacidad Progresiva en el principio de autodeterminación y de protección del niño y adolescente.

El modelo de “protección integral de derechos” que proclama la Convención sobre los Derechos del Niño³², contiene un singular desafío cual es lograr el equilibrio entre las nociones de autonomía y protección que debe ser conferido al niño, niña y adolescente. Estas nociones no resultan excluyentes entre sí, sino que se implican una a otra.

Bien se ha clarificado que la autodeterminación es un requerimiento del desarrollo de esta clase de persona pero también requiere de un alto grado de protección que les impida exponerse innecesariamente.

La Ley nacional 23.849 aprueba la incorporación de esta Convención que, en su artículo 12³³ contempla tanto la autodeterminación como la protección del niño, niña y adolescente ya que prevé su participación en todas las cuestiones que lo afectan, conforme a su grado de madurez pero al mismo tiempo contempla que puede participar bajo una representación o un órgano adecuado.

De tal manera podría decirse que “se los protege permitiéndoles el adecuado ejercicio de su autonomía o que se posibilita el ejercicio de la autonomía protegiéndolos debidamente para que no corran riesgos inútiles o irrazonables.”³⁴

Naturalmente y como deja entrever la Convención, la capacidad progresiva está diseñada en función al desarrollo psicofísico o evolución de sus facultades. Esta noción deja un margen amplio de lo que debe entenderse por “evolución de las facultades”.

El Código Civil anterior contemplaba un sistema rígido etario que, si bien importaba mayor seguridad jurídica, no siempre reflejaba la realidad pues los grados de madurez de las personas difieren de acuerdo a múltiples condicionantes socio-culturales, económico, entorno familiar, etc. Si bien este último, a su vez, demuestra mayor objetividad no menos cierto es que de igual modo se desvanece la seguridad jurídica en los terceros relacionados con esta clase de personas.

Puede advertirse como el código civil y comercial adopta un esquema mixto conjugando reglas flexibles sin límites etarios y reglas rígidas o fijas, con límites etarios, en función de los derechos involucrados³⁵.

8. La protección del incapaz en materia de Daños

El Código Civil y Comercial asume el impacto socio-familiar generado por la “gran discapacidad” que encuentra su origen en hechos ilícitos imputados a terceros responsables, reconociendo el derecho a ser indemnizados por el daño extrapatrimonial no únicamente a la propia víctima sino a favor de sus ascendientes, descendientes, cónyuges y de quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible³⁶.

9. La protección del incapaz en materia sucesoria. La mejora prevista a su favor.

El Código Civil y Comercial prevé la posibilidad de mejorar al heredero con discapaci-

32 Ratificado en el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

33 Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

34 Fama, María Victoria; “Capacidad Progresiva de Niñas, Niños y Adolescente en el Código Civil y Comercial” (2016), en “Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial”, Dir. Carlos Calvo, Tomo I, Bs.As., Ed La Ley, pag. 407 y ss, con cita de autor (González Contró, Mónica; “Paternalismo jurídico y derechos del niño”).

35 Por caso, artículo 26 CCCN contemplando reglas con límites etarios respecto a los actos que comprometen la salud, variando los límites etarios en función a los derechos allí involucrados. Arts. 24 y 639, CCCN, resaltando como regla genérica la presunción de madurez.

36 Art. 1741, CCCN, flexibilizando la legitimación activa del derogado art. 1078, Cód. Civil.

dad fuera de los límites de la porción disponible, ampliando la misma en un tercio de la porción legítima. No se trata de un tercio de la herencia sino, como se dijo, de la porción legítima que corresponda, según quien concurra a la herencia³⁷; sin que este beneficio alcance al cónyuge y si a los ascendientes y descendientes.

Esta novedad legislativa³⁸, está incorporada en el Libro Quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte), Título X (Porción Legítima), en su artículo 2448 (Mejora a favor de herederos con discapacidad).

En los fundamentos del Anteproyecto de Código unificado redactado por la Comisión creada mediante Decreto 191/2011, en lo pertinente, alude a que el texto propuesto está redactado sobre la base del Proyecto de 1998.

En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, receptadas en Córdoba, se recomendó que el testador pudiera mejorar a un heredero incapaz mediante el instrumento del Fideicomiso sobre bienes determinados aún cuando excedan la porción disponible.

La Ley nacional 26.378 aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención, procurando el igual reconocimiento como persona ante la ley, en el apartado 5 del Art. 12 prevé la adopción de medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes...

Esta equiparación noblemente perseguida a favor de las personas con discapacidades es, al mismo tiempo, cuidando que las medidas no resulten a su vez una muestra discriminatoria. Precisamente la mejora, que depende de la voluntad del causante, tiende a restablecer un equilibrio entre los pares a través de este beneficio económico sin que ello implique exteriorizar demercedimiento o descrédito alguno hacia la persona beneficiada.

10. Principios constitucionales en materia de Derechos Reales

Puede advertirse el principio de Igualdad patentizado en la legitimación dada a los titulares de derechos reales para interponer las acciones de Reivindicación, Confesoria, Negatoria y de Deslinde. El acreedor hipotecario, en resguardo de su propio crédito, encuentra ampliada la legitimación activa para acceder a las acciones petitorias en su propio nombre y no a nombre del propietario del bien hipotecado.

La Constitución Nacional reconoce dos derechos, con componentes sociales, relacionados con la propiedad privada: el derecho a la vivienda digna y a la defensa del bien de familia³⁹.

El primero busca garantizar el espacio habitacional, pudiendo satisfacerse ese bien jurídico mediante el derecho de habitación, de locación, de comodato y no únicamente de dominio.

El segundo refiere al resguardo de un bien sobre el cual se ejerce la titularidad dominial. Los Arts. 456 y 522 del CCCN refieren a la imposibilidad de ejecutar la vivienda en que reside el matrimonio o la unión convivencial inscripta, si la deuda no fue contraída por ambos o por uno, con el asentimiento del otro.

Reafirma así una fuerte protección de la vivienda, reafirmando la protección de la propiedad y los principios constitucionales, de carácter eminentemente social, de salvaguarda de la dignidad, de la seguridad y del derecho al acceso a una vivienda.

37 Por ejemplo, para los descendientes será 1/3 de 2/3, es decir 2/9 avas partes.

38 En el Código Civil derogado no existía previsión similar. Si en España (Art.808, Cod.Civ.).

39 Molina de Juan, Mariel F (2016); "Protección de la vivienda familiar" en: CALVO COSTA, Carlos (dir) "Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial"; Buenos Aires, La Ley; Tomo I, p.840. Cao, Christian Alberto (2016); "Derecho a la vivienda o bien de familia. Continuidades y cambios en el Código Civil y Comercial" en: CALVO COSTA, Carlos (dir) "Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial"; Buenos Aires, La Ley; Tomo I, p.849 y ss.

11. La recepción en materia contractual

El contrato en Argentina mantiene su base fundamental en los arts. 19 (libertad de contratación), 16 (igualdad), y 17 (propiedad), a lo que sumamos el art 42 de la Constitución Nacional Argentina⁴⁰.

Bajo la vigencia del anterior Código Civil, las soluciones a las cuestiones disvaliosas eran proporcionadas jurisprudencialmente a través del articulado referente al objeto y a la causa del negocio jurídico.

El derecho parte de igualdad ante la ley y esto exige trato de igualdad en iguales circunstancias (conforme al Art.16 CN Argentina), pero los hombres no somos iguales, ni siquiera puede considerárse nos fungibles y aun en la masificación mantenemos el principio de identidad, por lo que en realidad estamos frente a una ficción de las que se consideran ficciones necesarias.

Parafraseando reconocida doctrina nacional, es dable entender que el derecho debe considerar las diferentes realidades y distinguir entre megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en igualdad jurídica y los contratos entre quienes son desiguales.

Conforme expone nuestra doctrina, el consentimiento por sí solo no supe la eventual desigualdad contractual en caso que las partes se encuentren decicivamente en diferentes niveles de negociación.

La debilidad ante una posición dominante determina soluciones especiales. que se evidenciara en cuestiones de interpretación, con sustento en el propio Art. 16 de la Constitución Nacioal o directamente en la recepción expresa de la temática de los consumidores, como acontece en el Art. 42 de la misma.

El Orden Público Económico puede entenderse como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de una país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución⁴¹.

A través del Orden Público Económico se busca el desarrollo de la comunidad nacional, su bienestar con seguridad y al mismo tiempo procura la justicia individual y social

La nueva modalidad de contratación que permite la actual tecnología sumado a la necesaria vigencia de los contratos de adhesión, requieren adoptar reglas protectorias hacia la parte más débil (el conocido “orden público de protección”), protegiendo fines sociales y no meramente económicos⁴².

Diversas actividades que antes eran monopolizadas por el Estado son hoy practicadas por particulares, conformándose el concepto de “orden público económico”, precedentemente explicado, al que atañen las cuestiones de regulación del mercado y, más específicamente, de un “orden público protectorio”, por el que, con fundamento en la vulnerabilidad del consumidor, se justifica la aplicación del principio protectorio constitucional.

Ello aparece con especial evidencia en contratos relacionados con necesidades básicas de la población, como por caso los de servicios de salud y transporte.

40 Garrido Cordobera, Lidia M.R. “Las bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Limites”. (<http://www.acadec.org.ar/doctrina>) (Abril 2019).

41 Varela del Solar, Jorge; “Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980”. (Dialnet-SubsidiariedadOrdenPublicoEconomicoYSeguridadNacio-2649647.pdf) (Abril 2019).

42 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R.- “La negociación contractual y el análisis económico del Derecho en Análisis Económico”,(2006), Buenos Aires, Ed. Heliasta Ira ed.; idem “La negociación contractual y el análisis económico” (<https://www.researchgate.net/publication/274577225>) (Abril 2019).

BIBLIOGRAFIA

- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, "Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853", (1921), Buenos Aires, ed. La Cultura Argentina.
- CALVO COSTA, Carlos (Dir) (2016); "Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial", Buenos Aires, La Ley. GARRIDO CORDOBERA, L. M. R.- "La negociación contractual y el análisis económico del Derecho en Análisis Económico", Buenos Aires 2006, Ed. Heliasta. LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores"(2003) (Primera Parte-Derecho Constitucional Protectorio); Santa Fe, Rubinzal Culzoni (2003).
- PICASSO-VAZQUEZ FERREYRA (Directores) (2009)., "Ley de Defensa del Consumidor - Comentada-", Bs. As., La Ley
- RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel (2018), "Derecho Civil - Parte General -", Ed Abeledo Perrot, ROSATTI, Horacio (2017); "Tratado de Derecho Constitucional", Ed Rubinzal-Culzoni
- Revista de Derecho Privado y Comunitario (1994), "Derecho Privado en Reforma Constitucional", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe
- ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS (Anales, publicación) ACADEMIA DE DERECHO DE CORDOBA (PUBLICACIONES)