

CUESTIONES CONSTITUCIONALES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

*Comunicación del académico Alberto R. Dalla Vía,
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales
y Políticas, el 26 de agosto de 2015*

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de dicha publicación, ni la de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

www.ancmyp.org.ar

ancmyp@fibertel.com.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar)
en el mes de agosto de 2016.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2015 / 2016**

Presidente Académico Ing. MANUEL A. SOLANET
Vicepresidente . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF
Secretario Académico Dr. LEONARDO MC LEAN
Tesorero Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ
Prosecretario . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO
Protesorero Académico Dr. ROSENDO FRAGA

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI.....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET.....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO	12-12-12	José de San Martín
Monseñor Héctor AGUER	10-09-14	Ángel Gallardo
Dr. Horacio JAUNARENA.....	10-09-14	Mariano Moreno
Dr. Luis Alberto ROMERO	10-09-14	Nicolás Avellaneda

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María BIDEGAIN

Dr. Hugo O. M. OBIGLIO

Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA

CUESTIONES CONSTITUCIONALES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por el académico Dr. ALBERTO RICARDO DALLA VÍA

La ley 26.994, que comenzó a regir el 1° de agosto pasado, concretó en 2.671 artículos que tratan sobre las relaciones personales, civiles y comerciales, la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, y que merece muchas consideraciones.

El Anteproyecto sufrió una serie de modificaciones. Las más controvertidas fueron las introducidas por el Poder Ejecutivo, y que no compartió la Comisión Redactora, acordándose, que fueran reguladas por leyes especiales, como es el caso de la responsabilidad civil del Estado nacional, la regulación de los embriones no implantados, la propiedad indígena, y algunos aspectos de las sociedades comerciales.

Se suscitó un amplio debate que abarca cuestiones **metodológicas**, como la conveniencia o inconveniencia de reemplazar completamente la codificación que existió hasta nuestros días; e **ideológicas**.

Desde la izquierda se criticó duramente la ausencia de un avance progresista en materia de derecho de propiedad urbana y rural, sino que, en cambio, el nuevo código habría profundizado en su contenido burgués, al incluir la reglamentación de “countries” y de “cementerios privados” que interesan sólo a una parte de la sociedad.

Nuestra Academia emitió Opinión Fundada, advirtiendo que “se han introducido nuevos artículos al texto del Código Civil que agravan la posibilidad de la intervención con potenciales restricciones a los derechos individuales. En referencia a los artículos 14 y 240, se dijo que pueden dar lugar a limitaciones al ejercicio de los derechos individuales y particularmente sobre el derecho de propiedad por la exigencia de compatibilizarlos o sujetarlos a los derechos de incidencia colectiva y a los efectos ambientales.

La necesidad de renovar y de actualizar la legislación civil y comercial aparece fundada en la presentación del proyecto, no solamente en la antigüedad de dos códigos decimonónicos, sino porque el Derecho se transforma a medida que se transforma la realidad, siendo necesario seguir los pasos de una Sociedad en avance, en pleno siglo XXI.

En el caso, surge la necesidad de adaptar las instituciones civiles a la reforma constitucional de 1994, guardando coherencia con el principio de supremacía que debe primar en el ordenamiento, conforme al cual es el Código Civil el que debe adaptarse a la Constitución, y no al revés.

Pero esto no ha sido siempre así. Después de la reforma de 1994 cuyo artículo 41 incluyó la “reparación integral” del daño ambiental, un destacado tratadista de Derecho Civil insistía en que la constitución debía ser interpretada, adaptándola a la teoría general de la responsabilidad civil que emanaba del Código.

Los desencuentros se remontan a los albores de la codificación. En octubre de 1866, Vélez Sarsfield le envió a Alberdi un

ejemplar del primer y segundo libro de su proyecto de Código Civil.

Cuando Alberdi supo que su colega utilizaba como referencia principal de su norma el anteproyecto de Código Civil para el Imperio del Brasil, el Esboço, de Augusto Teixeira de Freitas, no le gustó en absoluto. Y no se privó de decirlo: (cito) *“Yo debo el ejemplar que tengo del Proyecto de Código Civil para la República Argentina a un galante origen, un regalo de su eminente autor, mi antiguo amigo. Esta circunstancia debería bastarme para absterme de hacer su crítica, si se tratase de criticar un mero trabajo literario. Pero ante una obra destinada a convertirse en Constitución civil de mi país, mi abstención no tendría sentido a los ojos de los que me han visto pasar lo más de mi vida ocupado en estudiar las bases de su organización nacional”*. (Fin de la cita).

Después de estas palabras lo descalificó sin miramientos. Lo que escribía Vélez Sársfield, para Alberdi no era otra cosa que vender el Derecho argentino a los brasileños. Bastardear una Constitución republicana como la nuestra, moldeando el derecho de todos los días como si fuéramos una sociedad imperial, estatal, unitaria y esclavista.

Eso en lo jurídico; más en el terreno de lo personal, dijo: los códigos en esta parte del mundo (cito) *“son hijos más bien de la vanidad que de la necesidad...del interés de algún abogado por dejar su testamento”* (fin de la cita).

Alberdi leyó más que la nota de remisión del primer libro. De no haber sido así no hubiera formulado críticas concretas a la no inclusión del matrimonio civil ni del Registro Civil, ni al mantenimiento de la tradición traslativa del dominio. Aunque también hubo una carga política en sus críticas. Se desarrollaba la Guerra de la Triple Alianza, que el autor de las Bases... condenaba tenazmente, mientras que Vélez había sido ministro de Hacienda de Mitre y lo era del Interior de Sarmiento.

Sostiene Alberdi que el derecho civil puede ser un medio de alterar el derecho constitucional en sus garantías protectoras de la riqueza. No podía quedar la revolución en la Constitución y el antiguo régimen en la legislación civil; la democracia en el régimen del estado, y la autocracia en el sistema de la familia.”

Lo manifiesta en sus obras, “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853”, 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”.

Señalaba el conflicto aún no resuelto entre una Constitución Federal basada en el modelo de los Estados Unidos y una legislación civil de origen europeo; creyó Alberdi que la Constitución moriría desangrada en manos del Código Civil.

Vélez Sarsfield usó en su respuesta el mismo tono con el que fue atacado: “El doctor Alberdi ha escrito sobre mi proyecto de código, por sólo la manía con que nació, de escribir folletos.” “No le da al método importancia en la legislación, lo cual es muy conforme a todo lo demás que escribe sobre códigos...”

Y, luego de reseñar los antecedentes, desde Justiniano a Napoleón que ha usado en su proyecto, expresa: “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”.

El tucumano Alfredo Colmo sostuvo que Alberdi tuvo “dos veces razón” y que el codificador “había hecho tabla rasa con la legislación que hasta entonces nos rigiera. Juan B. Terán, defendió también las posturas de Alberdi. Ricardo Levene sostuvo que las críticas alberdianas acerca de la omisión de las fuentes locales tenían un fundamento sólido, por lo tanto estaban bien fundadas.

Jorge M. Mayer, el principal biógrafo de Alberdi, se inclinó totalmente a favor del tucumano.

Sin embargo fueron más los que defendieron la postura de Vélez. Ernesto Quesada decía: “la ciencia profunda del doctor Freyts es ciencia en un Imperio como lo es en una República”. Asimismo, consideró que los ataques alberdianos eran una simple excusa para atacar a Mitre.

Enrique Martínez Paz sostuvo que Vélez “no había olvidado los antecedentes jurídicos de la nación” y “que el Código Civil ha continuado la tradición jurídica del país”. Y sobre el primer folleto de Alberdi, escribió: “no es otra cosa que un desahogo personal en que la pasión no ha sabido ocultarse”. “Ricardo Zorraquín Becú afirmó categóricamente que “no resisten el análisis las críticas de Alberdi”.

Más allá de las diferencias políticas, el llamado “folleto de Alberdi”, como le decía Vélez, tuvo mucho de razón. Fue el primero que señaló la importancia de que la legislación civil esté de acuerdo con la Constitución, en cuanto los derechos y garantías que contiene y también cuanto al control de los jueces hacen de la constitucionalidad de todas las normas inferiores a ella.

Contribuirían al desencuentro los golpes de estado e interrupciones constitucionales del siglo pasado. El discurso del ministro del interior del gobierno de la “Revolución Argentina”, doctor Guillermo Borda, al presentar la reforma instrumentada en el Decreto Ley 17.711/68, afirmaba que los derechos se encontraban mejor protegidos en el texto del Código Civil dado que en ese momento la Constitución Nacional no regía

La Constitución Nacional reformada conforma el “techo ideológico” al que debe subordinarse la totalidad del sistema jurídico, no pudiendo, en este caso, la reforma del Código Civil exceder de ese marco.

Fue el resultado de un alto grado de consenso por parte de los partidos políticos mayoritarios que la impulsaron a partir del “Pacto de Olivos”, y también, de los otros partidos que no suscribieron ese pacto, pero que participaron del consenso general de la reforma, en sus negociaciones y deliberaciones, aprobando finalmente y jurando el texto de la Constitución “histórica” de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

La reforma debió alcanzar acuerdos en muchos puntos cruciales que, se reflejan en la redacción de los textos sancionados que, en no pocos casos, son fórmulas de transacción y de equilibrio.

Cuando no se logró llegar a consensos, el constituyente prefirió derivar en el legislador, a través de las llamadas “leyes de desarrollo constitucional”, la letra chica que terminaba de definir la reforma, como ocurrió, por ejemplo, con la Ley General del Ambiente, la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, la Ley del Ministerio Público, y la Ley del Defensor del Pueblo, entre muchos otros temas que fueron reglamentados, quedando cuestiones pendientes en casos en que no se alcanzaron acuerdos, como la disposición transitoria sexta que manda dictar un nuevo régimen de coparticipación federal.

Es precisamente en ese ámbito en donde pueden aparecer, en los próximos años, los debates académicos y –aún más– los planteos judiciales sobre la constitucionalidad de muchos puntos de la reforma. Nos imaginamos algunos años de controversias jurídicas que seguramente consolidarán y darán consistencia a nuestro sistema normativo.

Habrá que ver entonces, si se produce el caso de que el Código Civil confronte o colisione con otras leyes reglamentarias de la Constitución, cuál es la norma que debe prevalecer de acuerdo a los principios vigentes, sea por “ley posterior” frente a “ley ante-

rior” o de “ley especial” frente a “ley general”, para lo cual habrá que tener especialmente en cuenta los principios establecidos sobre derogación expresa y derogación tácita y, en especial, la tarea realizada por el Digesto Jurídico Argentino.

Pero si el conflicto de normas se da entre alguna de las disposiciones del nuevo código y la Constitución Nacional o los tratados internacionales superiores a las leyes (art. 75 inc. 22 C.N.), incluyendo entre éstos últimos a los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, no puede haber duda alguna sobre su prevalencia.

Los problemas interpretativos pueden ser múltiples y por tal motivo es menester atender tanto a los valores como a los principios constitucionales, y no solamente a sus normas. En esa línea, son muchos los nuevos paradigmas surgidos de la reforma constitucional que fueron incorporados al derecho positivo argentino.

Uno de ellos es el concepto de “*igualdad real de oportunidades*”, repetido en diferentes artículos, como sinónimo de no discriminación, acompañado de la consagración de las medidas de acción positiva para sectores históricamente postergados, como las mujeres, los incapaces y los ancianos, superando así el anterior concepto formal de igualdad ante la ley y de igual trato ante iguales circunstancias.

En general la reforma evolucionó hacia una ampliación de derechos orientada hacia el Estado Social y Democrático de Derecho, sin por eso resignar los derechos y garantías fundacionales. En otras oportunidades nos hemos referido ampliamente al análisis de la ideología constitucional.

Nuestra constitución “histórica” tiene una vertiente demoliberal, en tanto que la vertiente del constitucionalismo social se manifestó en la reforma de 1957, recogiendo la experiencia constitucional de 1949 y la legislación social que la precedió, así como en los aportes de la Doctrina Social de la Iglesia.

La reforma de 1994 reforzó notablemente los principios del Estado Social de Derecho, circunstancia que se manifiesta 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”.

Tales incorporaciones lo son sin mengua de las declaraciones, derechos y garantías, provenientes del constitucionalismo clásico y afirmativas de nuestro liberalismo igualitario.

En esa dirección es que corre la incorporación del capítulo “*Nuevos Derechos y Garantías*”, abarcativo de los artículos 36 a 43 del texto constitucional reformado, en donde se consagraron los llamados “*derechos de participación*” y 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 42 cuando, al regular la competencia, atiende al control de los monopolios legales y naturales. Al preocuparse por regular el “buen mercado”, evitando las conductas monopólicas, el constituyente defendió el modelo de economía de mercado, que encuentra fundamento en la libre iniciativa individual del modelo originario.

Es por eso que, al preguntarnos cuál es el modelo económico de la Constitución y que, a diferencia de otros sistemas, la nuestra no define con precisión, nosotros sostenemos que, dentro del sistema capitalista, nuestro constituyente reformador eligió una modalidad de capitalismo que se basa en la iniciativa privada como principio pero que se encuentra solidariamente orientado.

El constituyente reformador argentino se inclinó por un capitalismo de “rostro humano” que se ubica en el máximo ni-

vel axiológico de la Constitución, como programa de gobierno y como *carta de navegación*. Debe entenderse al Código Civil y Comercial como una ley reglamentaria de la Constitución especialmente, del capítulo de los “*Nuevos Derechos y Garantías*” en los términos del carácter de legislación general o legislación común que establece el artículo 75 inciso 12 de la norma fundamental.

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”.

Algunos autores han recurrido a expresiones similares desde la Doctrina, como ocurre con la obra de 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, tal como también lo hace Horacio Rossatti en su volumen titulado “*El Derecho Público en el Código Civil*”, pasando revista, en ambos casos, al Estado, a la propiedad, a la autonomía de la voluntad, a los derechos de usuarios y consumidores y al derecho a la jurisdicción, entre otros muchos institutos.

Esta acepción responde a una consideración conceptual de carácter académico y es la que mejor se aproxima al tratamiento que le damos a la presente comunicación. Mosset Iturraspe habla de la “*publicización*” del Derecho Privado, afirmando que el Derecho Privado se “*publiciza*” cuando busca la igualdad formal, la libertad en concreto, al lado de la libertad en abstracto. Afirma que el Derecho Privado se publiciza porque toma del Derecho Público estas inquietudes y las hace suyas.

Konrad Hesse, en sus “*Estudios sobre Derecho Constitucional y Derecho Privado*” señala que ambos Derechos aparecen

como parte necesaria de un orden jurídico unitario, que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan. En tal ordenamiento integrado el Derecho Constitucional resulta de importancia decisiva para el Derecho Privado, y el Derecho Privado de importancia decisiva para el Derecho Constitucional y, a la hora de concretar esa relación, “el significado del Derecho Constitucional para el Derecho Privado consiste en singulares funciones de garantía, orientación e impulso”.

Existen zonas de superposición entre ambas disciplinas, como ocurrió cuando el Código Civil de Vélez trató sobre las personas jurídicas de existencia necesaria, incluyendo al Estado Nacional, a la Iglesia Católica, a Provincias y Municipios o cuando el Título Preliminar del mismo Código trató sobre “Las Leyes”, su carácter, su entrada en vigencia, y las formas de contar los intervalos del Derecho, materias todas éstas que bien pudieron estar en el texto constitucional, debido a su carácter general que no se limita en su alcance solamente al Derecho Civil.

Hay también otros principios constitucionales que se encuentran en el texto del Código de Vélez, como es el caso del art. 1137 cuando se refiere al valor jurídico de los contratos dentro del ordenamiento. Al respecto, cabe señalar que la Constitución de los Estados Unidos, en la sección Décima de su artículo I contiene en su texto una “cláusula de los contratos” que hace referencia a la obligación de respetar los compromisos jurídicamente asumidos en todo el territorio de la Unión, no sancionando *leyes ex post facto o leyes que menoscaben obligaciones que deriven de los contratos...*”

Otro tanto puede decirse del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 CC), así como del principio de buena fe en los contratos (art. 1198 CC), y de la garantía de evicción y del vicio de lesión (artículo 954 CC), así como del instituto del abuso del derecho (art. 1071 CC) que encuentra antecedentes en el texto de la constitución de 1949, y que fuera muy estudiado por Llambías.

Es reconocer que la reforma de la Ley 17.711/68 tuvo el propósito loable de modernizar la legislación en momentos en que la misma encontraba gran rigidez y atraso. La incorporación de los nuevos principios tienen en mira el interés de los terceros de buena fe en las relaciones jurídicas, buscando resolver injusticias del pasado y reafirmando, a la postre, el principio de autonomía personal contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Ha señalado un profesor de Derecho Civil que, el sistema de Derecho Privado del ordenamiento jurídico argentino exhibe, a partir de la reforma de 1968, normas progresistas privilegiadas, ubicadas al lado de las normas tradicionales, liberal-individualistas del Código de Vélez. Este progresismo –agrega– deviene de la “revalorización” de la persona humana, del hombre en concreto –de carne y hueso– colocado ahora como eje del sistema.

Las relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado también se extienden a las interpretaciones que, a lo largo de los tiempos, ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, por ejemplo, extendiera el concepto de propiedad al conjunto de bienes e intereses, materiales e inmateriales que una persona pueda poseer fuera de su vida y su libertad (CSN in re “*Bordieu c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*” 1925), o cuando afirmara la responsabilidad del Estado por actividad lícita en el caso “*Santa Coloma*”.

La adecuación del Código Civil y Comercial de la Nación al texto de la Constitución Nacional reformada como uno de los fundamentos del proyecto, constituye un propósito no solamente loable, sino también una necesidad de dar coherencia a nuestro ordenamiento, resultando ser una lógica aplicación del principio de subsunción en un sistema jurídico, conforme con el cual, el derecho infraconstitucional debe responder y adecuarse coherentemente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del Estado Democrático de Derecho.

No obstante lo dicho hasta aquí y de todos los precedentes expuestos, la “constitucionalización del derecho privado” es una expresión que puede dar lugar a confusiones cuando, en lugar de hacer que el derecho común se adapte a la constitución, se pretende que la constitución se expanda sobre cuestiones de Derecho Privado.

En el Derecho Comparado se registran casos de ordenamientos que vuelcan en sus textos constitucionales numerosas cuestiones de Derecho Común, siendo el paradigma de tales “inflaciones” de normas constitucionales, la Constitución de Brasil de 1985, tanto es así que cuando una constitución es extremadamente extensa en términos de detalles, se suele decir que se trata de una “constitución a la brasileña”.

En Guatemala, el grado de acatamiento y de respeto a las instituciones es bajo, de manera que el Congreso Nacional no alcanza a legislar sobre el territorio, y muchas veces, el derecho común, especialmente el derecho penal y también el derecho de familia, son aplicados por leyes tribales en países que, como el mencionado, se destacan por el alto grado de multiculturalismo, expresado en las comunidades aborígenes que habitan su territorio; ocurriendo así que mientras algunos pueblos aplican la pena de muerte por ahorcamiento, en otras comunidades se realizan matrimonios colectivos.

Es por eso que, ante esa situación anárquica para el Estado Nacional, el texto de su constitución se volvió necesariamente frondoso, superando los 350 artículos entre los que, por supuesto, se encuentran incluidas normas de derecho penal y también normas sobre derecho de familia.

Otros malos ejemplos de excesos constitucionales son las constituciones de la República Bolivariana de Venezuela y la de Nicaragua. Como también ocurre, con la Constitución de la República Plurinacional de Bolivia, en que los principios clásicos del constitucionalismo son puestos en crisis, en aras de consagrar mo-

delos populistas con tendencias hegemónicas, como también ha ocurrido con la más reciente reforma constitucional del Ecuador.

También hay que prevenirse de las redundancias que resultan de la expresión “constitucionalización del derecho privado” y que se encuentran vinculadas con el llamado “*neoconstitucionalismo*”, una corriente que en el ámbito latinoamericano ha difundido el jurista mexicano Miguel Angel Carbonell pero que en realidad toma nacimiento en España, en los grupos de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de Valencia, con el Profesor Fernández Viciano siendo que numerosos autores de esa última escuela experimentaron sus teorías, engrosando los textos de las Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador con sus conocidos resultados.

El “*neoconstitucionalismo*” es redundante porque sostiene el imperio y la operatividad de la Constitución y de los tratados de derechos humanos por sobre el derecho común u ordinario, conclusión que si bien es válida en el caso de algunos países en donde esto no ocurría, en el nuestro no es más que otra verdad de “Perogrullo” o, si se quiere, una obviedad.

En Europa Continental, hasta la segunda posguerra, las constituciones merecían en los distintos ordenamientos, la consideración de meros documentos de carácter político.

En España, será la transición post-franquista expresada, en la Constitución de 1978, la que dará impulso al “*neoconstitucionalismo*”. Sin contentarse por el importante impulso alcanzado en su propia tierra, se trasladó a iberoamérica, favorecido por las ventajas de la lengua castellana, en el probable entendimiento que la recuperación de las democracias daba un nuevo impulso a reformas constitucionales democráticas, acompañando las tendencias hacia la *universalización* del derecho.

No es ocioso advertir que en ese traslado transoceánico se han filtrado corrientes sociológicas y de filosofía política post-

marxistas que interpretan la necesaria simultaneidad del tránsito desde un modelo constitucional conservador y oligárquico hacia la construcción de un constitucionalismo democrático y popular.

El resultado de combinar populismo con *reeleccionismo* no ha favorecido, sin embargo al fortalecimiento democrático latinoamericano ni a garantizar los derechos fundamentales, Guste o no guste reconocerlo, la realidad es que el constitucionalismo latinoamericano abreva en su fuente que es la Constitución de los Estados Unidos de América, sancionada en Filadelfia en 1787.

La Constitución de la Nación Argentina, sancionada el 1° de mayo de 1853 desde sus inicios siguió el modelo constitucional de los Estados Unidos, consagrando el principio de supremacía en el artículo 31, resguardado por el control de constitucionalidad que ejercen la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales inferiores.

Estos ejemplos cercanos nos sirven para prevenir y aclarar que, en nuestro caso, la expresión “Constitucionalización del Derecho Privado” sólo puede y debería interpretarse en el sentido de poner en línea al Derecho Civil y al Derecho Comercial con el Derecho Constitucional. En definitiva, es una situación muy similar a la que ya ocurrió a partir de la sanción de la reforma constitucional de 1994.

La inclusión de los nuevos paradigmas y los “nuevos derechos” permitió también poder recurrir a utilizar las nuevas herramientas procesales, especialmente la acción de amparo colectivo para que muchos jueces y tribunales de todo el país abrieran los cauces, adaptando los viejos principios a los nuevos, especialmente en materia de protección del ambiente y de los derechos de usuarios y consumidores.

Una situación similar es la que ocurrió con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, que fueron incorporados al artículo 75 inciso 22 C.N. , en especial la Conven-

ción Internacional contra toda forma de discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional de Derechos del Niño, que en diferentes pronunciamientos judiciales y ante casos y hechos concretos, permitieron a los jueces inaplicar la legislación antigua para resolver cuestiones de carácter civil, haciendo prevalecer la supremacía de tal naturaleza de tratados.

La construcción y el desarrollo del “*control de convencionalidad*”, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cobra especial relieve en esta circunstancia, y especialmente a la hora de tener que interpretar el nuevo código, toda vez que dicha doctrina también ha sido recepcionada por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El Código Civil y Comercial es, en esta instancia, una norma reglamentaria de la reforma constitucional de 1994, motivo por el cual su impacto merece ser seriamente estudiado en muchos aspectos.

Es una nueva realidad jurídica que se hace eco de lo descrito en las primeras páginas de esta comunicación referidas al debate mantenido entre Alberdi y Vélez Sarsfield. Es la oportunidad de una reparación histórica al prestigioso tucumano, ya que el nuevo Código no solo ha tenido en cuenta a la Constitución Nacional sino también a los tratados de derechos humanos que ella incorpora y eleva con jerarquía constitucional en la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).

Por esa misma razón es de extrañar que la reforma del Código Civil no haya incluido principios protectorios de la sustancia del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos, ni reglamentado el alcance de la función social de la misma, ni contemplado la complejidad de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos, ni tampoco haya enfatizado en la protección de la seguridad jurídica, ni haya reforzado en las numerosas normas procesales que incluye, mecanismos de protección que evi-

ten la repetición de conocidas experiencias como la apelación a la emergencia y que continúan ausentes en la legislación formal argentina.

Será la jurisprudencia de los tribunales, —aún cuando se haya pretendido acallarla como fuente del derecho— , la que inevitablemente surja para marcar el cauce de los numerosos problemas interpretativos que habrán de conmover a nuestra sociedad. Será interesante el seguimiento de los debates jurídicos que sobrevendrán.