

**Voces:** CONSTITUCION NACIONAL ~ INTERPRETACION ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ CODIGO CIVIL ~ CODIGO DE COMERCIO ~ REFORMA DEL CODIGO CIVIL ~ PROYECTOS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL ~ SUPREMACIA CONSTITUCIONAL ~ LEY GENERAL DEL AMBIENTE ~ DERECHO AMBIENTAL ~ LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ CONSEJO DE LA MAGISTRATURA ~ MINISTERIO PUBLICO ~ DEFENSOR DEL PUEBLO ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ DERECHO COMPARADO ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ PROPIEDAD HORIZONTAL

**Título:** Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial

**Autor:** Dalla Vía, Alberto Ricardo

**Publicado en:** LA LEY 22/04/2014, 22/04/2014, 1 - LA LEY2014-B, 913

**Cita Online:** AR/DOC/1098/2014

**Abstract:** "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."

El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, que cuenta con media sanción por parte de la Cámara de Senadores y que se apresta a retomar el trámite legislativo en la Cámara de Diputados, merece una cantidad de consideraciones a ser tenidas en cuenta.

Elas van más allá del debate político sobre una iniciativa que cuenta con varios antecedentes, entre los que se registra el denominado Anteproyecto Alterini y el Proyecto de la Comisión de Juristas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que fueron los que abrieron el cauce a la actual propuesta de la Comisión Redactora, integrada por el Doctor Ricardo Luis Lorenzetti y las Doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci; con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional [\(1\)](#) .

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 como lo son, respectivamente, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, 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 [\(2\)](#) .

Tales consideraciones no obstan, sin embargo, a tener siempre presente la importancia del Derecho como ordenamiento del orden social, necesariamente ligado a los valores permanentes que un determinado sistema político preserva y defiende, en nuestro caso el Estado Social y Democrático de Derecho.

En este caso, surge la necesidad de adaptar las instituciones civiles a los principios de la reforma constitucional de 1994, guardando así 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 [\(3\)](#) .

Pero esto no ha sido siempre así, contribuyendo en buena medida a ello la recurrencia a los golpes de estado e interrupciones constitucionales, ocurridas en nuestro pasado. Ejemplo de ello fue el discurso del entonces ministro del interior del gobierno de la "Revolución Argentina", el reconocido profesor de Derecho Civil doctor Guillermo Borda, quien al presentar la reforma instrumentada en el Decreto Ley 17.711/68, afirmaba que los derechos se encontraban mejor protegidos si figuraban en el texto del Código Civil. Claro está que en ese momento la Constitución Nacional no regía.

El relato puede parecer grotesco, cuando en nuestros días mensuramos como un dato obvio de la realidad al sistema democrático, representativo y republicano, recuperado y vigente; no obstante que el relato refleja un pensamiento que era compartido por muchos en aquéllos tiempos.

Por eso es muy relevante que en esta instancia se haga mención al texto de la Constitución Nacional, cuya última reforma, la más importante y extensa de su historia, cumplirá veinte años en el próximo mes de agosto. La misma, y más allá de los debates

coyunturales de la etapa preconstituyente, fue producto de un altísimo grado de consenso por parte de los partidos políticos mayoritarios que la impulsaron a partir del denominado "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 Constitución Nacional reformada conforma así el "techo ideológico" al que debe subordinarse la totalidad del sistema jurídico, no pudiendo, en este caso, la reforma del Código Civil exceder ese marco, al ir más allá de lo sancionado por el constituyente.

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, en el caso de que ésta fuera finalmente sancionada y promulgada. Nos imaginamos algunos años de debates jurídicos que seguramente consolidarán y darán consistencia a nuestro sistema normativo.

La reforma constitucional de 1994 debió alcanzar acuerdos y equilibrios en muchos puntos cruciales que,

inclusive, se reflejan en la redacción de los textos sancionados los que, en no pocos casos, son fórmulas de transacción y de equilibrio. Tanto es así, que en muchos casos en que no se logró llegar a acuerdos y definiciones, 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, sin embargo, temas pendientes de cumplimiento en otros casos en que la política nunca alcanzó acuerdo, no pudiendo así cumplirse con la disposición transitoria sexta que manda dictar un nuevo régimen de coparticipación federal [\(4\)](#).

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 anterior" 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 importante 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.

Está claro que los problemas interpretativos pueden ser múltiples y que, por tal motivo, es menester atender tanto a los valores como a los principios constitucionales, y no solamente a sus normas.

Tales cuestiones se ven reflejadas en los "Debates" de la Convención [\(5\)](#), en donde fue complejo asimilar los acuerdos para definir qué Tratados de Derechos Humanos quedarían incluidos en el listado y cuáles no, decidiéndose que los mismos se incorporarían "...en las condiciones de su vigencia.." a los efectos de considerar también las "reservas" formuladas por la Nación Argentina al momento de su aprobación, así como los documentos complementarios, en el caso una Declaración efectuada al ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, firmada en Varsovia, manifestando el comienzo de la vida a partir de la concepción en el seno materno. Entre los "acuerdos" de la Convención Constituyente estuvo la incorporación de ese texto, a cambio de incluir también en la misma a la Convención Internacional contra toda forma de Discriminación a la Mujer, consagrándose allí el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo [\(6\)](#).

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 [\(7\)](#) .

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 [\(8\)](#) .

Nuestra Constitución "histórica" tiene una vertiente demo-liberal, 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.

Entendemos que la reforma de 1994 reforzó notablemente los principios del Estado Social de Derecho, circunstancia que se manifiesta muy especialmente 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 al texto constitucional del capítulo "Nuevos Derechos y Garantías", abarcativo de los nuevos 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 proyecto del nuevo Código Civil que cuenta con media sanción [\(9\)](#) .

Así se destaca también el texto del nuevo 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 preguntamos 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. Parafraseando la obra del francés Michel Albert, denominada "Capitalism versus Capitalism, creemos que el constituyente reformador argentino se inclinó por un capitalismo de "rostro humano" que se ubica en el máximo nivel axiológico de la Constitución, como programa de gobierno y como carta de navegación de un país, que corresponde a las leyes reglamentarias desarrollar [\(10\)](#) .

En el caso, debe entenderse al Código Civil y Comercial como una ley reglamentaria de la Constitución y, muy especialmente, del capítulo de los "Nuevos Derechos y Garantías" que aquí comentamos y que forman parte del núcleo constitucional a reglamentar, por el Código 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 enumera 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" [\(11\)](#)

Algunos autores han recurrido a expresiones similares desde la Doctrina, como ocurre con la obra de Jorge Mosset Iturraspe titulada "Derecho Civil Constitucional" [\(12\)](#) . En este caso, la referencia parece estar mas 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" [\(13\)](#) , 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 al presente trabajo. 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 [\(14\)](#) .

Sin embargo y más allá de las buenas intenciones, debemos prevenimos en cuanto a que la expresión

"Constitucionalización del Derecho Privado", utilizada por la Comisión Redactora, no sea mal entendida como un redescubrimiento del Derecho Constitucional por parte del Derecho Civil y Comercial, pudiendo en tal caso arribarse a conclusiones confusas o equivocadas.

Existen zonas de superposición entre ambas disciplinas, como ocurre cuando el Código Civil trata 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 trata 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 Civil, 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..." (15) .

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 (16) .

Es conveniente recordar que si bien la reforma de la ley 17.711/68 fue impulsada por un gobierno de facto, aquella tuvo el propósito loable de modernizar la legislación en momentos en que ésta 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 (17) .

No pueden desconocerse todas estas relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado, ni muchas otras más surgidas de las interpretaciones que a lo largo de los tiempos ha dado 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).

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 conclusiones equívocas. En nada merece 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.

La "constitucionalización del Derecho Privado" es, por el contrario, una situación particular que el Derecho Comparado registra en el caso de aquéllos países 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" (18) .

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 que, en países, 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. (19)

Otro orden de ejemplos de tales excesos constitucionales son, verbigracia, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra cinco "poderes" en que se dividen las funciones del Estado, en reemplazo de la "tríada", acentuando así el anunciado carácter "revolucionario" de dicho modelo (20) . Otro tanto ocurre, en el mismo sentido señalado, con la Constitución de la República Plurinacional de Bolivia, en que los principios clásicos del constitucionalismo son puestos en crisis, en aras de consagrar modelos populistas con tendencias hegemónicas, como también ha ocurrido con la más reciente reforma constitucional del Ecuador (21) .

Estos ejemplos cercanos nos sirven para prevenir y aclarar que, en nuestro caso, la expresión "Constitucionalización del Derecho Privado" sólo puede 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.

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 (22) .

La sanción de los nuevos paradigmas y los "nuevos derechos" permitió también 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 (23) .

Una situación muy similar es la que se dio con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, que fueron incorporados al artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional, en especial la Convención Internacional contra toda forma de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en diferentes pronunciamientos judiciales y ante casos y hechos concretos, permitieron a los jueces inaplicar una legislación antigua, y a veces, retrograda, para resolver cuestiones de carácter civil, haciendo prevalecer la supremacía de tal naturaleza de tratados.

Parecida situación se dio también en distintos casos de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" y con respecto a la aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). La construcción y el desarrollo de una doctrina sobre el "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.

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 muy loable, sino también como 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.

Las redundancias que resultan de la expresión "constitucionalización del derecho privado" se encuentran y vinculan con el llamado "neoconstitucionalismo", una corriente que en el ámbito latinoamericano ha difundido el jurista mexicano Cesar 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, siendo que numerosos autores de esa última escuela experimentaron sus teorías, engrosando los textos de las Constituciones de 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, consideramos que en el nuestro no es más que una 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 los documentos de carácter político, en tanto que, la "voluntad general", cristalizada en el imperio de la Ley,



aparecía como el "quid" de la razón jurídica y, tanto más al tratarse, en casi todos esos países, de sistemas políticos de tipo parlamentario en donde todos los poderes del Estado se encuentran jerárquicamente subordinados al Poder Legislativo (24) .

En España, será la transición post-franquista cristalizada, en la Constitución Española de 1978, con la creación del Tribunal Constitucional, la que dará impulso al "neoconstitucionalismo". Es del caso recordar, al respecto, la polémica que sostuvieran el catedrático de Derecho Político, Don Pablo Lucas Verdù y el catedrático de Derecho Administrativo Eduardo García de Enterría, ambos de la Universidad Complutense, sobre la fuerza imperativa del texto constitucional, siendo el autor, este último, de la clásica obra "La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional" (25) .

Sin contentarse por el importante impulso alcanzado en su propia tierra, el neoconstitucionalismo, sostenedor de la supremacía de la Constitución y de los Derechos Humanos, se trasladó a iberoamérica, esta vez 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 (26) .

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 (27) .

El resultado de combinar populismo con reeleccionismo no ha favorecido, sin embargo al fortalecimiento democrático latinoamericano siendo que los países en donde el estado social de derecho se ha afirmado en modelos democráticos estables, han sido precisamente los que se apartaron de tales modelos como los casos de Brasil, Chile, Uruguay, Paraguay y Perú.

La mayoría de los países latinoamericanos no descubrieron el constitucionalismo con las transiciones a la democracia de la "tercera ola". Efectivamente, y no obstante la reiteración de golpes de estado y revoluciones que asolaron al continente como de la generalizada opinión de la doctrina comparada sobre la debilidad de nuestros sistemas (28) .

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. Si bien puede afirmarse que ese modelo constitucional tuvo alternancias e intermitencias en varios países que adoptaron distintas experiencias constitucionales, como es el caso de Bolivia, que representa el récord de constituciones escritas aunque también la mayor prueba de su poca vigencia práctica. Pero no es ese el caso de la Constitución de la Nación Argentina, sancionada el 1º de mayo de 1853 y que 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 (29) .

La numerosa cantidad de temas que el Proyecto de Reforma conlleva y que tienen relación directa con el Derecho Constitucional no pueden ser tratados en el marco de un artículo como éste, destinado más bien al "tono general" de la reforma y, por lo tanto, serán merecedores de comentarios pormenorizados en otros trabajos, en el caso en que la reforma prospere.

En nuestra opinión, 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. Sin duda que el derecho de propiedad es uno de ellos, atendiendo a que el artículo 75 inc. 17 le concede a las comunidades de pueblos originarios la propiedad colectiva de las tierras que ocupan, y aún cuando esa cuestión finalmente forme o no parte del nuevo Código, pocas dudas hay, sin embargo, de su importancia en la práctica.

Son muchas las cuestiones en las que el proyecto incurre al suprimir la ley de propiedad horizontal, al incorporar el derecho de superficie o al no considerar un concepto tradicional en la jurisprudencia como el de "derecho adquirido".

Otro tema liminar es el de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, que ha sido legislado separadamente del proyecto de Código en una ley especial de finalidad abolicionista. No es una materia de derecho civil ni de derecho administrativo sino, esencialmente, de derecho constitucional, motivo por el cual habrá de prestarse debida atención a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que se registra el caso "Santa Coloma", entre otros, que no excluyen la responsabilidad del Estado ni de sus dependientes, aún cuando se trate de actos lícitos.

Será interesante el seguimiento de los debates jurídicos que sobrevendrán, teniendo siempre muy presentes los "mandamientos del abogado" que nos legara el jurista uruguayo Eduardo Couture, cuando aconsejaba: "ESTUDIA: el Derecho cambia permanentemente y si no sigues sus pasos serás, cada día, un poco menos abogado".

(1) La Comisión fue creada por Decreto 191/2011

(2) Ver la página [nuevocodigocivil.com](http://nuevocodigocivil.com). La Presentación del Proyecto por parte del Presidente de la Comisión trata: I). Paradigmas y Principios Jurídicos. II). Diálogo de fuentes. III). Constitucionalización del Derecho Privado. IV) Derecho Privado Colectivo. V). Tutela de la Persona Humana. VI) La familia en un contexto multicultural. VII). Sociabilidad en el ejercicio de los derechos. VIII) El paradigma protectorio. IX) Derecho del consumidor. X) Paradigma no discriminatorio. XI) Un nuevo paradigma en materia de bienes. XII) Seguridad Jurídica en la actividad económica. XIII) La responsabilidad civil como sistema. XIV) Derechos reales. XV) Sucesiones. XVI) Privilegios y prescripción. XVII) Derecho internacional privado. XVIII) La obra de la codificación.

(3) El artículo 31 de la Constitución Nacional dice en su primera parte: "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;..."

(4) Las disposiciones transitorias son normas que forman parte del texto constitucional aunque están sujetas a un plazo de cumplimiento. La disposición transitoria sexta se encuentra incumplida desde el año 1996, habiéndose ya cumplido 18 años de desobediencia por parte del Congreso Nacional, donde ningún proyecto ha salido de la comisión de coparticipación del H. Senado de la Nación. La disposición transitoria sexta, dice textualmente: "Un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año mil novecientos noventa y seis, la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación. La presente cláusula no afecta los reclamos administrativos o judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias. (Corresponde al artículo 75 inciso 2)".

(5) Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. La Ley. Buenos Aires.

(6) Los acuerdos políticos celebrados en el marco de la Convención Constituyente se cristalizan en un texto jurídico positivo y obligatorio por su rango de supremacía. De allí que Alberto Antonio Spota enseñaba que el Poder Constituyente "es poder político que se juridiza al normarse" (Lo Político, Lo Jurídico, El Derecho y el Poder Constituyente. Ed. Plus Ultra. Buenos Aires)

(7) Anatole France criticaba el concepto liberal-burgués clásico de igualdad con su frase: "La ley en su solemne majestad, prohíbe tanto a los ricos como a los pobres dormir bajo los puentes de París"

(8) Véase nuestro artículo "EL ideario Constitucional Argentino", publicado en La Ley, Tomo 1995-C Sección Doctrina.

(9) Para un amplio tratamiento de los derechos contenidos en los artículos 36 a 43 de la Constitución Nacional y sus desarrollo legislativo y jurisprudencial véase Dalla Via; Alberto Ricardo y García Lema, Alberto Manuel (Directores) "La Reforma Constitucional y sus Normas Reglamentarias". "Nuevos Derechos y Garantías". Tomos I y II. Editorial Rubinzal—Culzoni. Santa Fe.

(10) Véase nuestra obra "Derecho Constitucional Económico" (2da. Edición) Abeledo-Perrot. Buenos Aires

(11) Presentación del Proyecto (Comisión Decreto 191/2011) pág. 4.

(12) Mosset Iturraspe, Jorge "Derecho Civil Constitucional". Rubinzal—Culzoni, Editores. Santa Fe. 2011.

(13) Rossatti, Horacio en "Código Civil Comentado". Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2007

(14) Mosset Iturraspe. op. cit pág. 130 agrega que el tránsito hacia un nuevo privatismo o, si se prefiere, hacia la desprivatización del Derecho Privado, ocurre con el avance de una corriente que se denomina de penetración "de lo social": la idea de comunidad al lado de la de personalidad. Ambos principios, el de persona y el de comunidad, están dirigidos, como afirma De Castro y Bravo "al mismo fin, la realización social de la justicia y han de estar presentes en cada norma y en cada institución."

(15) Sin embargo, una diferencia importante a tener en cuenta en este punto es que en los Estados Unidos no existe un Derecho Común para todo el territorio sino que esa competencia ha sido reservada por cada uno de los Estados en orden a lo dispuesto por la Enmienda X, que tiene un texto similar a nuestro artículo 121 cuando dice que las provincias conservan los poderes no delegados al Gobierno Federal. Al resolver en 1810 el caso Fletcher vs. Peck el presidente de la Suprema Corte, John

Marshall formuló la siguiente pregunta: Qué es un contrato? a la que él mismo respondió: "es un acuerdo entre dos o más partes". Marshall cuestionó en el caso que la venta de tierra por la Asamblea Legislativa de Georgia, aunque corrupta, era un "contrato válido", añadiendo que el Estado no tenía ningún derecho para anular la compra de la tierra, puesto que al hacerlo se deteriorarían las obligaciones del contrato.

(16) Cabe recordar que la reforma constitucional de 1949 modificó el texto del artículo 28 de la Constitución Nacional, agregándole un párrafo al final en una redacción que enumeraba como artículo 35 "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes"

(17) Mosset Iturraspe, Jorge "Derecho Civil Constitucional". Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2001. pág. 131.

(18) Otro tanto ha ocurrido en nuestro Derecho Público Provincial, especialmente en las distintas "oleadas" de reformas constitucionales provinciales ocurridas a partir de 1.983 y que pusieron el acento en el constitucionalismo social. En la doctrina constitucional argentina, muchos autores calificaron a tales reformas de "catálogos de ilusiones (vg. Pedro J. Frías) debido al cúmulo de promesas de derechos que ellas proclamaron.

(19) Esta tendencia, en el Derecho Constitucional Comparado, en especial Latinoamericano hacia los textos constitucionales "frondosos", que algunos juristas han caracterizado como "constituciones tropicales", contrasta con la idea clásica en cuanto a que el texto de la Constitución debe ser escueto y contener únicamente los principios estrictamente necesarios.

(20) Dichos poderes son a) Poder Legislativo, b) Poder Ejecutivo, c) Poder Judicial, d) Poder Moral y e) Poder Electoral. El mismo esquema "revolucionario" es el seguido por la Constitución de Nicaragua.

(21) En esos países las reformas "revolucionarias" han estado guiadas por la reelección indefinida y la unión de los pueblos de Latinoamérica pero en los últimos dos casos han generado problemas de gobernabilidad a los propios gobernantes que las promovieron, por la idea de "democracia directa" que las anima en sentido populista. En Bolivia, por ejemplo, los miembros de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Electoral son electos por el pueblo en elecciones democráticas, en las que debe respetarse la representación de las comunidades aborígenes, más allá de la versación jurídica de los candidatos propuestos.

(22) Hesse. Konrad "Derecho Constitucional y Derecho Privado", Civitas. Madrid, 2001.

(23) Para Mosset Iturraspe (op. cit. pág. 137) el "garantismo" o seguridad que se desprende de la constitucionalidad del Derecho Civil es, en su opinión, un aspecto sobresaliente que los argentinos hemos comprobado a partir de la reforma constitucional de 1994. En esa misma línea se destacan los aportes de Augusto Mario Morello en materia de consagración del "amparo colectivo", posición doctrinaria adoptada por el convencional constituyente.

(24) La prevalencia de Rousseau en Europa es directamente proporcional a la prevalencia de Montesquieu en los Estados Unidos. En el viejo continente, la fórmula "dentro de la ley todo, fuera de la ley nada" prevalecerá, aún hasta entrado el siglo XX sobre los "checks and balances".

(25) Eduardo García de Enterría "La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional". Tecnos. Madrid. 1982. En la referida polémica, Pablo Lucas Verdù sostuvo el carácter político de la Constitución diciendo que la misma contenía numerosas declaraciones, valores y principios pero que carecía de estructura lógica de norma jurídica toda vez que muchos preceptos carecían de sanción o de "norma primaria" en sentido kelseniano. García de Enterría respondió en la obra de referencia que más allá de que las normas fueran operativas o programáticas, de asignación o de reparto, la constitución era imperativa por su propia esencia y por el principio de supremacía que la fundamenta. La tesis de García de Enterría, muy importante para el Derecho Público contemporáneo, abrevia en los Escritos Constitucionales de Konrad Hesse e influyeron notablemente en la obra póstuma del constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos, titulada "El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa" (Ediar) escrita para fundamentar la operatividad de la reforma constitucional de 1994, más allá de la "textura abierta" de su texto.

(26) En distintas oportunidades hemos distinguido las tendencias a la Globalización que entendemos como un fenómeno global de las finanzas y las comunicaciones que se produce a expensas del Derecho, de los procesos de Integración que



requieren de una voluntad política de los Estados Miembros a integrarse en procesos que requieren cláusulas constitucionales de cesión de competencias a órganos supranacionales o supraestatales, de la llamada Universalización del derecho basada en la adopción de principios morales universales que, como los derechos humanos son una nueva ética o un neoiusnaturalismo. Véase nuestro "Derecho Constitucional Económico". Abeledo Perrot. O nuestro "Régimen Constitucional de los Tratados" en coautoría con Jorge Reinaldo Vanossi en el mismo sello editorial

(27) Entre nosotros, el filósofo Ernesto Laclau, en su obra "La Razón Populista". Fondo de Cultura Económica. México; rescata a las hegemonías como formas políticas y crítica la clásica clasificación de Gino Germani. Para los seguidores del populismo, una democracia revolucionaria que lleva adelante un proceso político considera que la prohibición de reelección del líder es un prejuicio del constitucionalismo burgués que sirve de reducto a las oligarquías tradicionales; idea que se contrapone al concepto de Estado de Derecho como "limitación" al poder para que la libertad individual tenga un ámbito posible de desarrollo (art. 19 Const. Nac.)

(28) Los autores de Derecho Constitucional Comparado, desde los clásicos como Manuel García Pelayo (Revista de Occidente. Madrid) o Karl Loewenstein (Ariel. Barcelona) o Maurice Duverger (Ariel Barcelona) hasta los actuales como Giuseppe De Vergottini (Il Mulino. Giuffrè. Pàdova) coinciden en clasificar a los grandes modelos como Parlamentarismos Europeos y Presidencialismo Norteamericano, ubicando a los sistemas "presidencialistas latinoamericanos" en un capítulo aparte. El profesor Juan Linz, así como el politólogo Arend Lipjard sostuvieron en la década de los 80 que el presidencialismo latinoamericano era inviable y propusieron optar por los parlamentarismos, ideas que influyeron en Carlos S. Nino. Sin embargo la historia latinoamericana indica el fracaso de ese modelo que se intentó en Chile y Brasil.

(29) El texto constitucional vigente corresponde al texto histórico de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.