

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PRIVADO – CATEDRA CRAIG

Texto Complementario Obligatorio – Prof. Marta Paula Serafini

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

I. Introducción. — II. ¹Contenido. — III. Los tratados y la supremacía de la Constitución.

I. Introducción

Luego de la Reforma Constitucional de 1994, los tratados en general, tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso (art. 75 inc. 22 primera parte) y en particular, diez instrumentos internacionales más un protocolo facultativo, tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 segunda parte) adicionándose tres más, que se han incorporado con posterioridad mediante el mecanismo especialmente previsto en la Constitución (1). La mención a los Tratados sobre derechos humanos que contempla el art. 1 del C.C. y C., conlleva a analizar el alcance de la Supremacía de las Normas y la inclusión de otros Tratados, por un lado, y el impacto de tales instrumentos y la interpretación de los mismos por organismos internacionales, especialmente el Pacto de San José de Costa Rica.

Para ello analizaremos, en primer lugar los alcances de la constitucionalización del derecho privado, a que aluden los fundamentos del nuevo régimen civil y comercial, para luego ubicar la relación de los tratados con la Constitución Nacional.

II. Contenido de la Constitucionalización del Derecho Privado

¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal sobre Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 23.054), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Ley 23.313), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Decreto Ley 6.286/1956), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ley 17.722), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (Ley 23.338), Convención Sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley 24.556), Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Ley 24.584)

A. En primer lugar, a modo de introducción, se pone de manifiesto que la iniciativa de unificación del derecho civil y del comercial en la Argentina, cuenta con varios antecedentes, sin perjuicio de tener presente la importante reforma parcial de 1968, plasmada en la Ley 17.711, que fue obra de un gobierno de facto.

Entre los intentos fallidos, el Proyecto de Unificación de 1987 fue sancionado por el Congreso, pero vetado por el Poder Ejecutivo, luego y con la misma finalidad, en 1992 se designaron dos comisiones, una por el Poder Ejecutivo y otra por el Congreso, sin que llegaran sus respectivos trabajos a ser tratados legislativamente. Igual suerte corrió el Proyecto de 1998 —que vio la luz luego de cuatro años de trabajo— y que no tuvo tratamiento en el Congreso. Finalmente, el Proyecto de 2012, cuya comisión redactora fue creada por el Decreto 191/11 del Poder Ejecutivo Nacional, integrada por dos jueces de la Corte Suprema, Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y una ex magistrada del Superior Tribunal de Mendoza, Aída Kemelmajer de Carlucci, fue sancionado por el Senado con algunas modificaciones, luego por la Cámara de Diputados aunque sin mayores debates, más las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, dando nacimiento al Nuevo Código Civil y Comercial sancionado bajo la Ley Nro. 26.994.

B. En segundo lugar, se destaca que una de las ideas centrales que emergen del Proyecto enviado al Ejecutivo es la de la Pluralidad de Fuentes. En efecto, se señala que se trata de un Código del Siglo XXI que se inserta en un sistema complejo, caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. Expresamente se dice en sus Fundamentos, que "*... en un sistema complejo existe una relación ineludible de la norma codificada con la constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta, establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado* (arts. 1, 2, 3)"

Así bajo el título de la "**Constitucionalización del derecho privado**" se sostuvo que "*... la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En este Proyecto existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en numerosos casos*". En los Fundamentos se agrega que "*...innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y*

establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (...) puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

Es dable afirmar en esta línea, que la gran novedad del Nuevo Código respecto del anterior régimen, viene dada por la incorporación de una *multiplicidad de Fuentes*, entre las que se destaca el *bloque de constitucionalidad* -Constitución y tratados internacionales-, que permite concretar la constitucionalización del derecho privado, estableciendo una comunidad de principios entre el referido bloque, el derecho público y el derecho privado.

De esta forma, se asevera que las normas constitucionales demuestran ser las normas fundadoras de un orden jurídico determinado y, en consecuencia, son normas básicas de referencia que fijan los parámetros de legalidad, los criterios de validez jurídica que permiten identificar a cualquier norma no-constitucional con el sistema que las normas constitucionales inauguran. En consecuencia todas las normas del ordenamiento estatal, conducen a la Constitución porque es de ella, en última instancia, de donde infieren su validez jurídica.

Sin embargo, estas apreciaciones no son nuevas en el derecho argentino, ya que aun con el Código de Vélez, el art. 31 de la Constitución Nacional marcaba la Supremacía de tal norma y la relación jerárquica, con las demás disposiciones del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, se ha señalado que se produce un cambio trascendente con el impacto de la globalización, y la transnacionalización del derecho constitucional, debido fundamentalmente a la reproducción de normas constitucionales creadoras de un orden jurídico autónomo, a nivel supranacional (Tratados), sin la participación de un poder constituyente originario que las legitime y a la aparición de categorías, ya sea desde el espacio nacional al supranacional y viceversa—, que traspasan abiertamente las fronteras del lugar de su creación, migrando hacia infinidad de sistemas jurídicos que las adoptan como propias.

Se produce entonces la apertura, desde el derecho interno hacia los órdenes jurídicos supranacionales y viceversa. En el primero de los casos, mediante la posibilidad de atribuir jurisdicción y competencias a organizaciones

supraestatales, como reza el inc. 24 del art. 75 de la Constitución Nacional, y en el segundo supuesto, permitiendo el ingreso, desde el espacio supranacional, de normas que se integrarán al derecho interno como parámetro de validez jurídica o sea como normas básicas de referencia, como recepta el inc. 22 del mismo art. 75 de la CN.

Estas últimas disposiciones, ya no son la expresión solo de las normas constitucionales — únicos parámetros de legalidad—, se han transformado en normas compuestas que se integran a partir de componentes normativos nacionales y foráneos. Es decir, constituyen normas interconectadas sobre todo a una materia común como los Derechos Humanos.

En Argentina particularmente, desde la reforma constitucional de 1994, el inc. 22 del 75 de nuestra Carta Magna se revela como una fórmula puente: es un mandato de apertura desde el derecho interno hacia los órdenes jurídicos supranacionales, permitiendo el ingreso de normas que se integrarán al derecho interno como parámetro de validez jurídica o sea como normas básicas de referencia.

Este contexto es el que sirve para conceptualizar la expresión **“Constitucionalización del Derecho Privado”**. Sin embargo, la denominación constitucionalización del derecho privado, se origina contemporáneamente en países europeos, para los cuales la judicialización de la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad consecuente son una novedad.

En el derecho argentino, por un lado, la conformidad de las leyes, con la Constitución no proviene de la constitucionalización del derecho privado, sino que ya estaba presente desde el año 1853, en el texto del art. 31 de nuestra Ley Fundamental, y por otro lado, la preservación de tal supremacía en manos de la Jurisprudencia de la Corte Suprema, a través del Control de Constitucional, supone el deber de conformidad del ordenamiento jurídico, con la norma superior que siempre fue mencionada como Supremacía Constitucional .

Sin bien ello es así, la Doctrina considera, que desde la reforma constitucional citada, y con la incorporación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, más la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema, se han ido ensanchando los contornos del control de constitucionalidad, y se le ha

sumado la recepción del control de convencionalidad, por lo que, la constitucionalización del derecho privado adquiere una dimensión mayor, y plantea nuevos interrogantes para la judicatura.

Ahora bien, el punto de partida tiene que ser la necesidad de articular sistémicamente los viejos y los nuevos componentes de un sistema constitucional, es decir, los "viejos" Estados Nación, con las "nuevas" organizaciones supranacionales de derechos fundamentales, y así, superar viejas formas de ordenación jerárquica, de modo que permita operar las transformaciones del sistema en equilibrio, ofrecido en éste caso por el sistema democrático y la aplicación de la regla "pro homine".(*El principio pro homine implica que la interpretación jurídica, que realice toda autoridad perteneciente al poder judicial, legislativo o ejecutivo, siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio*)

III. Los Tratados y la Supremacía de la Constitución

La Constitucionalización del Derecho Privado, referida en la exposición de Motivos del nuevo Código Civil y Comercial y su relación con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el art. 1, nos lleva a revisar aspectos de la Supremacía Constitucional, la cual ha atravesado por distintas etapas.

A.La Constitución Argentina de 1853/60, incorporó en el art. 31, el Principio de Supremacía de dicha Norma Fundamental y el del Derecho Federal, sobre los distintos órdenes jurídicos provinciales. Ese artículo tuvo la expresa finalidad de advertir a las provincias, que no solamente la Constitución Nacional, sino también las leyes que en su consecuencia dictara el Congreso Nacional y los Tratados que firmara con las Naciones Extranjeras, serían supremos. Sin embargo, no aclara si la enumeración de las normas que hace, implica o no un orden de prelación. Atento a lo dispuesto por los arts. 28, 27 y 30 de la CN, no cabía dudas que la Constitución estaba por encima de las leyes y los tratados por el carácter de escrita y rígida (art. 30), y además, porque el art. 28, hace mención a los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, los cuales no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, y finalmente, el art. 27 impone al Gobierno Federal el deber de afianzar

relaciones de paz y comercio con los países extranjeros por medio de tratados "que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución".

Conforme a lo señalado, las leyes y los tratados aparecían en una misma relación jerárquica, ambos por debajo de la Constitución Nacional.

Así frente a lo expuesto, se postularon las tesis dualistas y monistas, según se sostuviera o no la primacía del derecho interno sobre el derecho internacional.

La jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina fue vacilante en el tema. Así, en el caso "Merck Química Argentina c. Gob. Nacional", (Fallos: 211:297) de 1948, el Alto Tribunal afirmó que en tiempos de guerra, el derecho internacional estaba incluso por encima de la Constitución. Con posterioridad, en el año 1963 en la causa "Martín y Cía. Ltda. S.A. c. Administración General de Puertos" (Fallos: 257:99) sostuvo que las leyes y los tratados se hallaban en igualdad jerárquica y por lo tanto, regía el principio de que la norma posterior derogaba a la anterior, postura que ratificó después en "Esso S.A. c. Nación Argentina" (Fallos: 271:7) (1968) (11).

Un notorio avance hacia la jerarquización de los tratados sobre las leyes se produce en el año 1972, cuando la Argentina ratificó la *Convención Internacional de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969* —que entró en vigencia en 1980—. Ello así, dado que su art. 27 expresamente dice: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", lo cual implicó colocar a los tratados por encima de las leyes.

Luego con el advenimiento de la democracia, se ratificó por ley, la *Convención Americana de Derechos Humanos*, en el año 1984, cuyo art. 2 dispone que: "*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*". De tal forma, las normas y las disposiciones del precitado Pacto, por las cuales los Estados adherentes se sometían a la Comisión y a la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, no podían ya dejar dudas de que los tratados estaban por encima de las leyes. Esta interpretación se completa con la cláusula federal, contemplada en su art. 28 de la CN: "*Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención*", involucrando a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los municipios en su cumplimiento y respeto.

B. En este camino, Corte Suprema sentó su posición en "Ekmekdjian contra Sofovich" de 1992 (12), donde se discutió la operatividad del art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos; es decir, del derecho de rectificación y respuesta, toda vez que, de acuerdo al texto de la última parte del primer párrafo —"en las condiciones que establezca la ley"—, se decía que requería, para su aplicación, de la reglamentación legal previa. El Superior Tribunal Nacional, haciendo hincapié en el art. 27 de la Convención de Viena, interpretó que esta norma obligaba al Estado argentino a dar primacía a los tratados ante cualquier conflicto con una norma interna, ya que cuando la Nación ratificaba un tratado se obligaba internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo hicieran cumplir. Consideraciones que reitera en el caso "Fibraca" y poco después en la causa "Cafés La Virginia S.A."

C. Estos importantísimos "leading case" inspiraron, sin duda, uno de los puntos de la ley 24.309 de necesidad de reforma la Constitución Nacional, ya que habilitó la incorporación de "institutos de integración regional y de jerarquía de los tratados internacionales". Ello se plasmó en el actual inc. 22 del nuevo art. 75 que en su primer párrafo in fine, consagra que: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Los constituyentes avanzaron aún más y por medio del segundo párrafo del mismo inciso, se enumeran tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos, diciendo: "*...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos*".

De esta forma, a partir de la reforma de 1994 no sólo queda claro, que todos los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes, sino que algunos referidos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional, disponiéndose además de un mecanismo de incorporación de otros tratados sobre la misma materia con igual jerarquía, con el voto de dos tercios de los miembros de cada Cámara, habiéndose incorporado de esa forma y con posterioridad a 1994, tres nuevos instrumentos internacionales (16). Además, también tienen jerarquía superior a las leyes, los tratados de Integración con Países Latinoamericanos y con otros Estados, los Concordatos con la Santa Sede y demás Tratados Internacionales, en función del inc. 22 primera parte y del inc. 24 de referido art. 75.

En conclusión, luego de la reforma constitucional de 1994, por encima de las leyes del Congreso se encuentran los Tratados Internacionales incluidos los de Integración, y con jerarquía constitucional los de Derechos Humanos enumerados en el inc. 22 segunda parte del art. 75 y los que se han incorporado con posterioridad.

De lo expuesto, cabe inferir que, el Código Civil y Comercial dictado a la luz de lo dispuesto por el inc. 12 del mismo art. 75, en los términos de legislación común, se encuentra subordinado a la Constitución y a los Tratados en general, y cumple con la función de reglamentar la Constitución y, particularmente el capítulo de los "Nuevos Derechos y Garantías" más los que surgen de los Tratados, teniendo como normas superiores a la misma Constitución más los Instrumentos Internacionales en que la Argentina sea parte, ya sea sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, o sin ella, a los demás Tratados y Concordatos más los de Integración con países latinoamericanos o de otras áreas.

Bibliografía:

-Ábalos, *María Gabriela*, "Los tratados como fuentes del Código Civil y Comercial y los dilemas que plantea el control de convencionalidad", Publicado en: RCCyC 2016 (Agosto), 17/08/2016, 21, TR LALEY AR/DOC/2303/2016