

¡EL NUEVO CÓDIGO HA CONSTITUCIONALIZADO FORMALMENTE EL DERECHO PRIVADO!

UN COMENTARIO ACERCA DE LOS DESAFÍOS QUE PLANTEARÁ AL INTÉRPRETE. PARTE 1

Por Juan G. Corvalán*

1. Introducción. El Nuevo Código que comenzó a regir hace dos días, claramente se enrola en la tendencia denominada “constitucionalización”¹. Esto se observa en el nuevo artículo 1° el que expresamente dice: “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos (...) conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República se parte*”. Y luego el artículo 2° establece que: “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos...*”.

Esta llamada “constitucionalización” que el nuevo Código hace efectiva², según KEMELMAJER se verifica en numerosos artículos relacionados con la igualdad real (arts. 428, 429, 441, 442, 524 y 545), el especial derecho de acceso a la justicia con vulnerabilidad (art. 706), el régimen de afectación de la vivienda (arts. 244 a 256) que amplía el ámbito de protección de la ley 14.394 (ley que es derogada) y la incorporación de nociones básicas contenidas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (arts. 24, 26, 66, 404, 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 627, 639, 679, 690 y 707), entre otros aspectos³.

2. ¿Qué es la constitucionalización? Los estados democráticos del mundo tienen un común denominador: un diseño institucional basado en una constitución. De allí que podamos afirmar que las democracias de hoy se caracterizan por la expresión del ideal de que el gobierno está sujeto a ciertos límites consagrados, en última instancia, en dicho instrumento⁴.

Así, el rasgo específico del Estado Constitucional de Derecho es un positivismo jurídico que incluye ciertos valores (principios y reglas contenidos en las Constituciones) y la *sujeción* del Estado al Derecho, puesto que tanto la producción de normas como los poderes de los órganos del Estado, se encuentran regulados en las Constituciones. Es decir, tanto la existencia como la validez de las normas se hallan positivizadas mediante el establecimiento de valores ético – políticos, tales como la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales, entre otros; estos conforman los valores axiológicos del derecho positivo (no siendo ya meramente contingentes), son el derecho sobre el derecho en el decir de FERRAJOLI⁵. Resumidamente, en un Estado constitucional de derecho⁶ los poderes nunca son absolutos, ni tampoco determinan facultades de decidir “en cualquier caso, de cualquier forma, y cualquier cosa”⁷.

Ahora bien, en relación al llamado fenómeno de la “constitucionalización”, en primer lugar hay que remitir a la columna de Alberto Bianchi⁸ para echar luz sobre dos cuestiones básicas: *primero*, es acertado sostener que todas las ramas del Derecho han tenido, tienen y tendrán algún contenido constitucional; *segundo*, también compartimos el hecho de que el fenómeno de la constitucionalización –en relación al nuevo Código– pretende referirse a una revitalización “de los contenidos constitucionales del derecho privado”. No obstante ello, la jerarquización constitucional de numerosos tratados internacionales, ha determinado un aumento sideral de estándares jurídicos vinculantes de aplicación e interpretación sistémica situados en la cúspide del ordenamiento; aquí confluye derecho interno y externo, órganos internos y externos. Por ejemplo, la Convención sobre los derechos del niño que goza de jerarquía constitucional, en su Parte I contiene más de 40 artículos que, específica y detalladamente, enumera obligaciones

* Abogado (UBA) y Doctor en Derecho. Director General del Diario DPI.

¹ Ver al respecto, KEMELMAJER DE CARLUCCHI, Aída, *Pautas para Interpretar el Código*, p. 6/7, Código Civil y Comercial, Astrea, Buenos Aires, 2015.

² Según KEMELMAJER, “El Código no declama la constitucionalización; la hace efectiva en muchas de sus disposiciones...”, Ídem, p. 7.

³ Ampliar en KEMELMAJER, op. Cit, p. 7 y ss.

⁴ ORONESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 15.

⁵ Cfr. , FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 7° Ed., traducción de PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés y GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2010, p. 19.

⁶ Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. I, p. 803, Trotta, Madrid, 2011.

⁷ Ver, íbidem, ps. 563-564.

⁸ Diario DPI, Constitucional, Columna de opinión del 20-7-15, <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/07/Constitucional-Opini%C3%B3n-2015-07-20.pdf>

de los Estados partes en cuanto a los niños. Sobre estas consideraciones, entendemos que la noción de constitucionalización pretende poner el foco en dos aspectos:

1) Por un lado, los Estados parte reformulan o deberían reformular su derecho doméstico para compatibilizarlo con las disposiciones de las normas que adquieren jerarquía constitucional mediante la aprobación de tratados internacionales. Esto es lo que acontece con el nuevo Código que incorpora nociones básicas contenidas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, entre otros, ver arts. 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 627, 639, 679, 690 y 707; **2)** por otro parte, al ensancharse el espectro normativo que tiene jerarquía constitucional, resulta más complejo determinar, en ciertos casos, si las normas domésticas son o no compatibles con aquellas otras normas jerarquizadas constitucionalmente. A su vez, el escenario puede resultar aún más complejo si resultan vinculantes –en ciertas condiciones- las decisiones de los órganos internacionales que velan por el cumplimiento de los tratados internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización Internacional del Trabajo, entre otros).

3. El nuevo código, el sistema de fuentes y el método de interpretación. En relación con las fuentes, el artículo 1º del nuevo Código remite, además de la ley, a la Constitución nacional, a los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, a la “finalidad de la norma”, y a los “usos, prácticas y costumbres” vinculados a dos situaciones: i) cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos y ii) en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. Respecto de la interpretación, el artículo 2º establece como pautas de interpretación de la ley: i) “las palabras”, ii) “sus finalidades, iii) las “leyes análogas”, iv) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, v) los principios y los valores jurídicos, “de modo coherente con todo el ordenamiento”. Esta correlación entre fuentes e interpretación, determina precisar algunas cuestiones referidas a la forma de resolver los conflictos.

a) El operador jurídico y la subsunción. Ya se ha demostrado la imposibilidad de una aplicación del derecho exclusivamente basada en el método lógico-deductivo. O lo que es lo mismo, el operador no es un “autómata de la subsunción”. Recuérdese que la idea contraria había sido uno de los estándares del movimiento codificador francés cuyo fracaso se encuentra probado desde que no sirvió para limitar la actividad interpretativa del juez, en concreto para limitar su discrecionalidad⁹.

Ello en virtud de que, en esencia, las normas se enuncian en lenguaje natural y éste se encuentra afectado de ambigüedad y vaguedad. De ello se sigue que *es imposible escindir la aplicación del derecho de las decisiones valorativas, pues en algunos casos el operador debe adscribir significados*. Este fenómeno, por cierto, se observa cuando existen varias interpretaciones acerca de las normas, lógicamente no equivalentes entre sí o incluso que resultan directamente incompatibles entre sí. O lo que es equivalente, los problemas interpretativos que aquejan al lenguaje en el que se expresan las normas¹⁰ pueden dar lugar a diferentes interpretaciones.

El nuevo código y sus redactores, han vislumbrado que la tarea del operador jurídico no puede limitarse a la subsunción automática de los textos legales. Por eso se reconoce especialmente el rol de la ponderación para conciliar o pesar valores, derechos y garantías que puedan entrar en conflicto¹¹. Pero para saber cómo juega el rol de la ponderación a la hora de resolver situaciones, es necesario precisar algunas cuestiones referidas a derechos fundamentales, principios y reglas. En concreto, el próximo lunes en la Parte II veremos, brevemente, cuáles son las herramientas para realizar una ponderación “lo más racional posible”.

⁹ LAURENT sostenía que la codificación francesa estaba guiada por la idea de que: “los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete”. En esta concepción (formalista) el derecho se presenta como un dato que debe ser conocido por todo el mundo de la misma manera. En este modelo que reconstruye Ch. PERELMAN, una vez establecidos los hechos, basta formular el silogismo judicial, cuya premisa mayor debe estar formada por las reglas del derecho apropiadas, y la menor por la comprobación de que se han cumplido las condiciones previstas en la regla, de manera que la decisión viene dada por la conclusión del silogismo. Para una reconstrucción *in extenso* de las teorías formalistas, véase PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, ps. 35 – 71, Civitas, Madrid, 1979.

¹⁰ RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Colección “El derecho y la Justicia”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 16.

¹¹ Véase, KEMELMAJER, op. cit., p. 8.