

**Ranieri de Cechini, Débora**

*El neoconstitucionalismo en la reforma del  
CC y Com.: el protagonismo del juez en el  
estado de derecho y el problema del método  
de ponderación*

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 1, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Ranieri de Cechini, D. (2013). El neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com. : el protagonismo del juez en el estado de derecho y el problema del método de ponderación [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 1. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf> [Fecha de consulta:.....]

# EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN LA REFORMA DEL CC Y COM.: EL PROTAGONISMO DEL JUEZ EN EL ESTADO DE DERECHO Y EL PROBLEMA DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN

DÉBORA RANIERI DE CECHINI<sup>1</sup>

## PLANTEO DEL PROBLEMA

Una atenta lectura del “Título Preliminar” del Anteproyecto del Código Civil y Comercial y sus Fundamentos presentado por la Comisión integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento del Decreto presidencial N° 191/2011, muestra una cuestión relevante para la Teoría general del derecho desde el punto de vista ius-filosófico: que tal reforma integral colocará a nuestro ordenamiento jurídico privado en la vía de la llamada “constitucionalización del derecho”<sup>2</sup>.

1. Abogada y Doctoranda (UCA). Prof. Con Dedicación Especial en la Facultad de Derecho (UCA). Prof. Titular de Historia de la Cultura en UCA y UCES. Prof. Titular de Introducción al Derecho y Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA). Miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas (Instituto de Bioética), del Centro de Derecho Constitucional e Instituto de Derecho Eclesiástico (UCA) y de la Corporación de Abogados Católicos. Secretaria de Redacción de la Revista *Prudentia Iuris* (UCA).

2. Cf. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, en *Derecho mayor*, Temuco, Nro. 3, octubre de 2004, págs. 47-63.

La expresión “neoconstitucionalismo”, utilizada por primera vez por la jurista italiana Susanna Pozzolo<sup>3</sup>, ha significado principalmente un modo de interpretación jurídica realizada por el juez<sup>4</sup> caracterizada por la fundamentación de la decisión judicial en “principios” que se traducen superiores a las normas y que, al considerarse como valores morales positivizados, regulan directamente las controversias particulares. A su vez, el mejor modo de interpretar esos principios ha sido encontrado en el modelo de la “ponderación” que se aplica a cada caso particular en base a los juicios de valor formulados por el juez individual.

La doctrina ha mostrado cómo este neoconstitucionalismo, además de afectar al derecho público constitucional, incidió en todas las ramas del derecho, especialmente el derecho privado, denominándose en tal ámbito el proceso de “constitucionalización del derecho privado” al que expresamente adhiere el proyecto de reforma del CC manifestado en los Fundamentos<sup>5</sup>. Aunque algunos han considerado de manera optimista este modelo, en el sentido de valorarlo como una superación del positivismo o una cuasi-vuelta al iusnaturalismo, sin embargo, ha sido pasible de numerosas críticas y cuestionamientos respecto a la incidencia en la estructura del Estado de Derecho dado que la ley va cediendo protagonismo a la jurisprudencia y la sustitución del legislador por el juez genera un nuevo método jurídico que toma distancia de la racionalidad del derecho y de la seguridad jurídica al abrir la posibilidad de una mayor discrecionalidad del sentenciante<sup>6</sup>.

3. Cf. POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, texto traducido al castellano y publicado en *Doxa* 21-II, 1998, págs. 339-353.

4. En sus inicios esta interpretación fue llevada a cabo por los jueces de los Tribunales Constitucionales pero paulatinamente se ha ido extendiendo a un modo hermenéutico de los jueces en general.

5. Una completa y clara explicación sobre las ideas fundamentales del neoconstitucionalismo puede verse en ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, julio 2010, págs. 79-102.

6. El Dr. Roberto Punte señala en este sentido en una editorial que “por este camino, se suelen seleccionar arbitrariamente del inmenso anaquel de opiniones que circulan por el mundo, aquellas que más le convienen al sentenciante, según su opi-

Nuestro objetivo en el presente texto es analizar cómo se ha diseñado tal *neoconstitucionalismo* en el proyecto de reforma y cuáles serían las problemáticas jurídicas que ya se estarían asomando en tal configuración. Seguiremos entonces el siguiente recorrido.

En primer lugar, analizaremos la nueva estructura de fuentes del derecho que contempla el proyecto, teniendo en cuenta los fundamentos dados sobre el Título Preliminar, tratando de entender cuál será el cambio fundamental que se operará respecto al CC vigente, especialmente en el lugar que ocupará la Constitución Nacional como fuente del derecho privado.

En segundo lugar, nos detendremos en el análisis de los orígenes del modelo de Estado Constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de mitad del siglo pasado y en cierta doctrina que le sirvió de inspiración. Así, entonces analizaremos cómo surgió el denominado neoconstitucionalismo, cuyos pilares han sido la constitucionalización del derecho privado (*drittwirkung der grundrechte*), caracterizado como la “irrupción” de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales.

En tercer lugar, analizaremos en el derecho y doctrina iusprivatista, tanto nacional como extranjera, las vías de constitucionalización que, siguiendo a Corral Talciani, se denominan vías reformadora, indirecta o hermenéutica y directa<sup>7</sup>. Analizaremos cuál de estas vías ya

---

nión sobre el caso”, PUNTE, R., “Observaciones a la propuesta reforma unificatoria de los Códigos Civil y Comercial”, *El Dial*, Suplemento de Derecho Constitucional, 12 de septiembre de 2012 (CC3OSE).

7. Consideramos apropiada la doctrina que considera que este proceso de constitucionalización admite grados, así por ejemplo se ha señalado que “se trata de un proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Hay que subrayar, sin embargo, que el de constitucionalización es un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado”, COMANDUCCI, P., “Constitucionalización y teoría del derecho”, Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 23 de agosto de 2005, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.

se ha operado en el derecho civil nacional y cuáles expresamente incorporará el futuro Código.

En cuarto y último lugar, indicaremos las destacadas problemáticas señaladas por la doctrina en lo atinente a la constitucionalización del derecho privado, principalmente en los siguientes aspectos: mayor riesgo de inseguridad jurídica, textura abierta de los derechos fundamentales entendidos como valores, la contraposición entre derechos fundamentales y autonomía de la voluntad, el aumento de la judicialización de controversias de derecho privado, preponderancia del rol judicial en el Estado de Derecho y, por último, las dificultades del método de ponderación judicial.

## 1. LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL ARGENTINO

El proyecto de reforma incluye un Título Preliminar consignando en los fundamentos que su necesidad se basa en el presupuesto de que “el Código es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado”<sup>8</sup>, por lo que allí “deben consignarse las reglas generales de todo el sistema”<sup>9</sup> y “es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un *sistema de fuentes complejo*”<sup>10</sup>.

De este modo, el Título Preliminar contiene una cantidad de conceptos jurídicos relevantes para todo el derecho privado<sup>11</sup> y justamente dos de ellos, el atinente a las fuentes del derecho y el relativo a su

8. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 10.

9. *Ibíd.*, pág. 10.

10. *Ibíd.*, pág. 10 (el resaltado es nuestro).

11. Respecto al Título Preliminar se ha señalado que “no es un capítulo previo o introductorio sino que su función es la de aportar reglas que confieran una significación general a todo el articulado [...] sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas”, LIMODIO, G., “Luces y sombras del Título Preliminar”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pág. 55.

interpretación, son los que presentan un cambio significativo comparado con el Código de Vélez.

La delimitación de aquellas fuentes que se consideran relevantes para un ordenamiento jurídico no es un tema menor ya que el término “fuente del derecho”<sup>12</sup> es empleado para indicar los actos o hechos de los cuales las normas que regulan la producción jurídica hacen derivar la creación, la modificación o la derogación de principios y reglas, o sea de disposiciones o normas, susceptibles de valer como “derecho” en el ámbito de un determinado ordenamiento jurídico.

Antes de señalar cuál será esa futura estructura de las fuentes y su interpretación, conviene señalar otra cuestión previa y que aunque no analizaremos aquí reviste importancia: consiste en el planteo sobre la pertinencia de que una ley de derecho común regule las fuentes del derecho, cuestionamiento realizado recientemente por la doctrina nacional<sup>13</sup>.

En tal sentido el Dr. Rodolfo Vigo ha señalado que lo tratado en el Título Preliminar ha sido “reivindicado en la actualidad por el derecho constitucional y por la Teoría del derecho”<sup>14</sup>, áreas del derecho que se han ocupado con mayor profundidad del problema de las fuentes y su interpretación, por lo que la mezcla realizada en el proyecto porta “cierta ambigüedad o falta de claridad”, advirtiendo ya un problema señalado por Pérez Luño que lo ha denominado como “el desbordamiento de las fuentes del derecho”<sup>15</sup>.

Del mismo modo, el Dr. Eugenio Palazzo recientemente se ha preguntado si “¿resulta pertinente que una ley de derecho común

12. Cf. V. CRISAFULLI, V., “Fonti del diritto (dir. cost.)”, voz de la *Enciclopedia de diritto*, XVII, Milán, Giuffrè, 1968, pág. 925.

13. Sobre esta cuestión en el derecho privado italiano ver CESARINI-SFORZA, W., *Il diritto dei privati* (1929), Milán, Giuffrè, 1963.

14. VIGO, R., “Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 63. El Dr. Vigo cita allí a los constitucionalistas Lucas Verdú y Alessandro Pizzorusso. Cf. un valioso análisis detallado sobre la problemática de las fuentes en la actualidad en PIZZORUSSO, A., “La producción normativa en tiempos de globalización”, en *ReDCE*, Año 6, Núm. 11, enero-junio/2009, págs. 231-317, disponible en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/10\\_PIZZORUSSO.pdf](http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/10_PIZZORUSSO.pdf).

15. VIGO, R., “Comentarios...”, ob. cit., pág. 6.

regule las fuentes del derecho, o debería hacerlo una ley de carácter federal?”<sup>16</sup>, para responder párrafos siguientes que no advierte “inconvenientes en que la Constitución o una ley federal establezcan pautas para las restantes fuentes del derecho interno, con la salvedad [...] de que no pueden resultar irrazonables”<sup>17</sup>. Por ello considera que “si bien el tema de las fuentes del derecho pertenece a la teoría general, y su regulación en cuanto a las emitidas por el Estado y a los mecanismos de aceptación de las acordadas con otros Estados, al derecho constitucional, corresponde destacar que numerosas ramas del derecho poseen fuentes específicas, y que en algunas de ellas la importancia de las distintas fuentes comunes es diferente a lo que ocurre en otras”<sup>18</sup>.

Sin embargo, coincidimos con De Castro y Bravo, para quien “la inclusión o exclusión de una fuente jurídica, el cambio en el orden establecido, constituye una alteración política de la organización social. Tienen auténtico carácter constitucional, porque significa señalar cuáles son los poderes a los que se confía la voluntad normativa creadora”<sup>19</sup>.

Por eso se ha señalado respecto a la pretendida reforma que “se está asistiendo a la demolición de un vasto edificio jurídico, elaborado a lo largo de los años por los autores, abogados, docentes y doctrinarios, la jurisprudencia de los tribunales, los fallos plenarios, los fallos de la Corte Suprema, los dictámenes de la Procuración General y del Tesoro, o sea, los precedentes, todos los cuales se refieren sin duda a artículos con diferentes numeraciones a las del futuro [...] Lo que habrá de nuevo que reinterpretar para ver si se aplican o no se aplican respecto de normas que tienen contextos absolutamente diferentes”<sup>20</sup>.

16. PALAZZO, E., “Apuntes sobre las fuentes y las ramas del derecho ante el título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial”, *El Derecho*, jueves 20 de septiembre de 2012, págs. 1-4.

17. Así precisa: “La Constitución puede establecer los alcances de la jurisprudencia constitucional, y aún ciertos límites a la costumbre”, *ibíd.*, pág. 3.

18. *Ibíd.*, pág. 4.

19. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T. I, Madrid, Civitas, 1949, pág. 333.

20. PUNTE, R., “Observaciones a la propuesta reforma unificatoria de los Códigos Civil y Comercial”, *ob. cit.*

De allí, más allá de la pertinencia o no de que un Código de derecho privado realice una ordenación de las fuentes del derecho para esa área del ámbito jurídico, conviene analizar el cambio que se producirá de ser aprobado el proyecto y especialmente de qué modo se entenderán los “valores” en la futura constitucionalización del derecho privado.

### *1.1. El Código Civil de Vélez Sársfield*

#### *1.1.1. El Estado de Derecho y el principio de legalidad*

Desde el punto de vista metodológico, la primera diferencia que surge entre ambos Códigos es el modo de ordenar el sistema de fuentes.

Así, el de Vélez Sársfield introdujo dos “Títulos Preliminares”, el I “Sobre las leyes” y el II “Sobre el modo de contar los intervalos del derecho”, a través de veintinueve artículos en los cuales la clasificación y definición de las fuentes correspondía a un sistema formalista del derecho, cuya máxima expresión es la teoría positivista.

De este modo, los dos Títulos Preliminares del Código de Vélez se refieren a la ley como fuente central y casi exclusiva del derecho<sup>21</sup>, colocando a los contratos<sup>22</sup>, a las leyes extranjeras<sup>23</sup>, a los principios de leyes análogas<sup>24</sup>, a los principios generales del derecho<sup>25</sup>, a los usos y costumbres<sup>26</sup> y a las convenciones particulares<sup>27</sup> como fuentes secundarias del derecho y, por ende, en un nivel inferior a la ley<sup>28</sup>.

21. Cf. Arts. 1º a 11 del CC de Vélez.

22. Cf. Art. 12 del CC de Vélez.

23. Cf. Art. 14.

24. Cf. Art. 16.

25. Cf. Art. 16.

26. Cf. Art. 17.

27. Cf. Art. 21.

28. “En el Código de Vélez se habla de derecho como sinónimo de ley”, LIMODIO, G., “Luces y sombras...”, ob. cit., pág. 58.



Así, como se ha señalado<sup>29</sup>, la idea de ley como norma única o máxima<sup>30</sup> estaba unida a tres conceptos fundacionales del derecho moderno: el de soberanía de Estado, el de monopolio del uso de la fuerza y el de la autosuficiencia del derecho. De este modo se perfiló el denominado “Estado de Derecho”, según el cual no hay poder por encima del derecho, el poder del Estado es la única garantía del derecho y todo el derecho se encuentra en el derecho positivo. La ley aparecía entonces como la expresión de la voluntad del Estado, excluyente, en principio, de toda otra fuente.

Por otro lado, esta preeminencia de la ley otorgaba una garantía no desdeñable para el derecho: la seguridad jurídica. Al respecto se ha señalado que “esta masa normativa tiene una ventaja práctica: suele gozar de un tipo de publicidad que, al menos, brinda a sus destinatarios alguna certeza en su identificación. Lo que no es poco”<sup>31</sup>.

El “Estado de Derecho” justamente había otorgado preeminencia a un valor: “[...] la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos”<sup>32</sup>. Ahora bien, el Estado de Derecho fue adquiriendo, con el correr de los siglos, diferentes formas<sup>33</sup>, siendo una de ellas la forma liberal cuyo punto central fue ocupado por el principio de legalidad que expresó “la idea de la ley como

29. Cf. RUSSO, E. A., “La jurisprudencia como fuente del derecho”, *La Ley*, 1-1-2002, pág. 36.

30. Como ha señalado un catedrático del derecho constitucional de la Universidad de Pisa, “en la época de mayor desarrollo de la ideología de la codificación, que en el área del ‘civil law’ resultó netamente preeminente [66], se enfocó a la ‘ley’ con un papel casi exclusivo frente a las demás formas de producción normativa, reduciéndose todas las demás fuentes a un papel subordinado”, PIZZORUSSO, A. M., “La producción normativa en tiempos de globalización”, en *ReDCE*, Año 6, Núm. 11, enero-junio/2009, pág. 266, disponible en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

31. GUIBOURG, R. A., “Teoría general del derecho. Fuentes del derecho”, *La Ley*, 1-1-2003, pág. 119.

32. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2005, 1995, pág. 21. Este autor ha desarrollado una precisa descripción del pasaje del Estado de Derecho al Estado Constitucional en las páginas 21 a 45.

33. Se ha señalado que el Estado de Derecho, carente de contenidos, ha servido tanto para fundamentar un Estado liberal como uno totalitario. Cf. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, ob. cit., págs. 22-23.

acto normativo supremo e irresistible”<sup>34</sup>. De este modo, el Estado de Derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.

Conviene recordar además que el positivismo jurídico entendido como “ciencia de la legislación positiva” que conformó el trinomio Estado de Derecho-principio de legalidad-concepto de ley, presupuso una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Se redujo así todo lo perteneciente al mundo del derecho a lo dispuesto por la ley, concibiendo incluso a la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, ya sea como una simple exégesis o como “una simple y pura búsqueda de la voluntad del legislador”<sup>35</sup>.

Sin embargo, el principio de legalidad aún en pleno desarrollo del Estado de Derecho no fue pacífico en su acaecer judicial. De allí que ya los mismos códigos decimonónicos preveían el recurso a otras fuentes del derecho para interpretar la ley<sup>36</sup>.

De allí que el principio de legalidad para su concreción necesitó de un modo interpretativo. La cuestión sobre la “interpretación de la ley o del derecho” ha constituido siempre un gran escollo para la teoría y filosofía del derecho ya que, como ha señalado Massini Correas, “es una verdad casi universalmente aceptada que, en el necesario proceso de determinación, aplicación o concreción del derecho, existe un inevitable momento interpretativo [...] se encuentra siempre una cierta actividad interpretativa, es decir, de determinación del significado de un texto jurídico-normativo”<sup>37</sup>. Ahora bien, justamente el CC de Vélez estableció en su Artículo 16 una regla interpretativa que ha sido

34. *Ibíd.*, pág. 24.

35. *Ibíd.*, pág. 33.

36. “Ninguna norma, por más meticulosa en su regulación, podrá por sí sola proveer todos los supuestos; más aún, en muchos casos su interpretación literal en atención al caso concreto conspirará contra los propios fines que se tuvieron en miras al sancionarla”, COSSARI, L. N., “Lagunas legales y analogía”, *La Ley*, 2012-C, pág. 1254.

37. MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho. Tomo III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, pág. 211.

muy analizada por la doctrina, especialmente en lo atinente a los principios generales del derecho. Veamos en qué consiste.

### *1.1.2. La regla de interpretación de la ley en el Artículo 16 CC y los principios generales del derecho*

El Artículo 16 del CC de Vélez establece: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los *principios de leyes análogas*; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los *principios generales del derecho*, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

De este modo, si las palabras de la ley o su espíritu son insuficientes para su interpretación, los principios generales del derecho se convierten en guía interpretativa de la ley, elemento que parecería romper con el modelo positivista al otorgar carácter de fuente a un elemento “extralegal”<sup>38</sup>.

Según la doctrina, “los principios generales del derecho son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa y legislativa o consuetudinaria”<sup>39</sup> y han sido considerados como “auténticas normas jurídicas en cuanto a su esencia misma”<sup>40</sup> o “formulación de normativa primaria”<sup>41</sup> e incluso han sido valorados como “la piedra angu-

38. Respecto a este Artículo 16 del Código Civil se ha señalado que “contiene un claro mandato para los magistrados: No hay excusa para dejar de juzgar y donde el imperfecto ‘sistema’ normativo no prevé la solución del caso, será el juez quien la provea, ya por vía de la analogía, ya por los principios generales del derecho ‘teniendo en consideración las circunstancias del caso’”, VALDEZ, M. P., “Justicia por analogía”, *La Ley* 2002-F, pág. 988.

39. DÍAZ COUSELO, J. M., *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, pág. 79.

40. RUIZ, J. M., “Los principios generales del derecho”, *La Ley*, DJ 1998-1, pág. 316.

41. FERREIRA RUBIO, D. M., *La buena fe, el principio general en el derecho civil*, Madrid, Montecorvo, 1984, nota 3, pág. 37.

lar del derecho [...] proposiciones verdaderas, capitales, originarias o previas a algo"<sup>42</sup>.

De allí que los principios generales del derecho han sido considerados como "las principales verdades prácticas, de una serie de otras, que les siguen constituyendo un sistema [...] pueden describirse como el conjunto de verdades jurídicas nacidas en el mismo derecho y dotadas de poder generativo para que sigan naciendo otras verdades jurídicas en el mismo derecho"<sup>43</sup>.

Según lo recordado en los *Fundamentos* de la reforma que analizamos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "[...] la regla de interpretación prevista en el Artículo 16 excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno"<sup>44</sup>.

En tal sentido el Dr. Gabriel Limodio ha destacado que "en doctrina, y desde hace poco más de dos décadas, el tema ha adquirido singular importancia, sobre todo aceptando que los principios jurídicos proponen un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico"<sup>45</sup>.

También se caracterizó a los principios generales del derecho como "aquellas ideas directrices que han adquirido a través de su proyección teleológica la función práctica de principios reguladores del comportamiento humano y organizadores de las instituciones jurídicas, son las que constituyen el fundamento lógico y axiológico de los sistemas normativos parciales comprendidos en un orden jurídico positivo cualquiera y respectivamente subsumibles en ellos"<sup>46</sup>.

42. PUY MUÑOZ, F., *Sobre los principios generales del derecho*, Bilbao, Deutso, 1989, pág. 441. También se ha señalado que "suele recurrirse a ellos ante la ausencia de una solución normativa expresa o para reforzar alguna decisión judicial", GUIBOURG, R., "Teoría general del derecho. La interpretación", *La Ley*, 1-1-2003, pág. 131.

43. AYUSO TORRES, M., "Los principios generales del derecho en el nuevo derecho constitucional. Una visión problemática", en LAMAS, F. (coord.), *Los principios y el derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, Educa, 2002, pág. 122.

44. Fallos: 312:257, cit. en *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 11.

45. LIMODIO, G., "Luces y sombras...", ob. cit., pág. 58.

46. SMITH, J. C., "Carácter, función y relatividad de los principios generales del derecho", *La Ley*, 1981-D, pág. 1203.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de estos principios no ha sido considerada de modo uniforme por la doctrina ya que existen al abordar el tema de los principios generales del derecho dos posturas claramente diversas: una positivista y la otra de carácter iusnaturalista<sup>47</sup>.

Así para la primera postura –la positivista– estos principios surgen del derecho positivo<sup>48</sup>, mientras que para la segunda postura en los mismos se encuentra el origen del orden jurídico, son de “una existencia anterior y superior a los diversos y varios ordenamientos concretos”<sup>49</sup>, es decir que los mismos se encuentran radicados fuera del ordenamiento positivo vinculándose con la idea del derecho natural<sup>50</sup>.

Según Ricardo Lorenzetti la cuestión “de saber si los principios son los valores del derecho natural o bien se encuentran en el derecho positivo vigente, o constituyen un producto histórico [...] este tema ha disminuido en su importancia [...] De modo que una lectura minuciosa de las fuentes de creación jurídica da la impresión de que queda poco en el derecho natural o en la historia o en la naturaleza de las cosas que no esté incorporado de alguna manera en el lenguaje normativo”<sup>51</sup>.

47. Cf. RUIZ, J. M., “Los principios generales del derecho”, ob. cit., pág. 316. Pueden encontrarse en este enfoque a FERREIRA RUBIO, D. M., ob. cit., nota 3, pág. 31; BORDA, G., *Tratado de derecho civil*, Parte General, T. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, nota 2, pág. 116; DÍEZ PICAZO - GUILLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. 1, Madrid, Tecnos, pág. 167; DÍAZ COUSELO, J. M., ob. cit., nota 1, págs. 72-74; RIVERA, J. C., *Instituciones de derecho civil, parte general*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 131, sostiene que los principios generales pueden tener cabida en ambos conceptos –derecho positivo o derecho natural– y BORGA, E. E., “La naturaleza de los principios generales del derecho”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año IV, N° 8, t. IV, enero-julio 1962, pág. 398.

48. ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, cit. en RODRÍGUEZ BOENTE, S., *Los principios generales del derecho*, Univ. Santiago de Compostela, 2008, pág. 49.

49. TORRES LACROZE, F., *Manual de introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1967, pág. 150 y AFTALIÓN, E.; GARCÍA OLANO, F., *Introducción al derecho*, Buenos Aires, El Ateneo, 1939, pág. 559 y sigs.

50. BORDA, G., ob. cit., nota 1, pág. 116.

51. LORENZETTI, R., *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, nota 5, págs. 259-260. Similar discusión se ha dado en la doc-

Sin embargo, si nos remitimos a la fuente del Artículo 16 citada por el mismo Vélez Sársfield en la nota respectiva, el Artículo 7º del Código Civil austríaco, de 1812, textualmente expresaba: “No pudiendo ser resuelto un caso, ni por las palabras ni por el sentido natural de una ley, deberá estarse a los casos semejantes resueltos en las leyes y tomarse en consideración los fundamentos de otras leyes análogas. Si no obstante el caso jurídico permanece dudoso, deberá decidirse de acuerdo con los principios *naturales* del derecho teniendo en cuenta las circunstancias reunidas y medítadamente apreciadas”. Por ello se ha señalado que “como se ve, esta norma remite expresamente en los casos de duda insuperable a los principios naturales del derecho a los que la doctrina más difundida ha identificado con los principios del derecho natural”<sup>52</sup>.

Si bien esta cuestión sobre los principios generales del derecho excede el objetivo de nuestro presente trabajo, consideramos oportuno señalar entonces que el sistema legalista y formal en cuanto al sistema de fuentes en el Código de Vélez establecía como regla de interpretación de la ley el recurso a los principios generales del derecho, fuente que no ha sido considerada del mismo modo por la doctrina

---

trina italiana: “En torno al problema de la interpretación de la ley, de las lagunas del derecho positivo y de las fuentes de éste, la opinión de los juristas italianos se ha dividido en dos tendencias que, dando ambas supremacía al texto legal, buscan, sin embargo, con distinta doctrina abrir un camino renovador a la jurisprudencia, discutiendo a propósito del Art. 3º (Tít. prel.) del Código Civil italiano el alcance de los conceptos ‘analogía’ y ‘principios generales del derecho’, y si estos principios han de ser los del derecho positivo patrio o el derecho natural, así como la ‘naturaleza de los hechos’ (equidad) como fuente de derecho”, MÉNDEZ CALZADA, L., “Rol de la jurisprudencia entre las fuentes subsidiarias de derecho en la legislación argentina”, *La Ley on line*, Año 6, Nº. 1360, 18 de agosto de 2010.

52. SMITH, J. C., “Carácter, función y relatividad de los principios generales del derecho”, ob. cit., pág. 1205. Este autor ha señalado agudamente respecto a las dos interpretaciones sobre los principios que “la controversia examinada [...] se origina sin duda en la errónea suposición de que en las áreas objetivas del conocimiento jurídico subyace un dualismo ontológico. Dualismo que si bien no es frontalmente reconocido, es al menos configurado a través de las consideraciones parciales que aquellas direcciones hacen de una misma realidad”, *ibíd.*, pág. 1206.

especializada<sup>53</sup> pero que obtendrá aún mayor relevancia en el esquema del proyecto actual e incluso se planteará la misma disyuntiva con otra fuente análoga<sup>54</sup>: los valores jurídicos que serán objeto de nuestro análisis.

## **1.2. El Título Preliminar del proyecto de reforma del CC y Com.**

### *1.2.1. La distinción entre ley y derecho*

El proyecto de CC incluye un único Título Preliminar subdividido en cuatro capítulos: 1. Derecho, 2. Ley, 3. Ejercicio de los derechos y 4. Derechos y bienes, repartidos a lo largo de dieciocho artículos. Pero la diferencia no es solamente metodológica o de división de temas ya que tal cambio de división y clasificación implica una reforma en la concepción jurídica de base.

53. Así por ejemplo la cuestión central ha sido planteada por Camilo Tale al señalar que “los jueces para decidir, aunque utilicen recursos del sistema legal, necesitan introducir criterios externos de selección o preferencia que al fin y al cabo son los que determinan la norma a aplicar, norma que el sistema legal de suyo puede no dar [...] lo mismo sucede para el caso de valores de principios generales del derecho. ¿A cuál principio recurrir para colmar el vacío legal, si dos principios generales del derecho argentino llevan cada uno a soluciones contrarias?”, TALE, C., “El derecho ‘a veces’ no es lo que las leyes dicen”, *La Ley* 2003-C, pág. 1492.

54. La analogía entre principios generales del derecho y valores jurídicos ha sido mostrada por la doctrina que al analizar el Art. 16 del CC hace referencia a los valores. Así, por ejemplo, se ha señalado que “el juez es llamado a decidir aun cuando la cuestión civil no pueda resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley; y es allí donde de modo manifiesto como elaborador de la norma (sentencia) debe apelar a la historicidad, nutrirse de los hechos, de los valores, recurrir al elemento sociológico y axiológico para insertarlo en el normativo [...] Las normas a través de los hechos concretan valores que reflejan, en definitiva, la historia que arrastra la comunidad, lo que la sociedad es”, SIMARI, V., “La historicidad del derecho en la respuesta del juez frente a la laguna”, *La Ley, Sup. Act.* 4-9-2008, pág. 1.



En primer lugar, el proyecto distingue la “ley” del “derecho como sistema”<sup>55</sup>, advirtiendo que “una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica”<sup>56</sup>.

Esta distinción ha sido considerada beneficiosa por la doctrina. Así, por ejemplo, se ha señalado que “parece un acierto frente a la estructura originaria del Código Civil que la asimilaba”<sup>57</sup> y que “merece tenerse en cuenta la teoría de las fuentes del derecho que sustenta el proyecto desplazando del lugar privilegiado en el que estaba en el siglo XX a la ley positiva [...] es esta una cuestión que no se distinguía en el Código de Vélez, en el cual se habla de derecho como sinónimo de ley, quizá sin advertir con toda intensidad su implicancia”<sup>58</sup>.

Sin embargo, la misma doctrina que ha elogiado la distinción entre derecho y ley concuerda en cuestionar cierta incoherencia en la redacción en general del proyecto. Así, según Rodolfo Vigo, “en el articulado no aparece asumida (esa distinción) claramente [...] en el capítulo supuestamente dedicado al derecho termina hablándose solo de la ley y su interpretación”<sup>59</sup>.

Por otro lado, como veremos en los apartados dedicados a las otras fuentes del derecho, también se ha advertido sobre los proble-

55. La concepción del derecho como sistema es atribuida al filósofo Hart y ha sido desarrollada por la doctrina en los últimos treinta años, la cual ha mostrado ciertas problemáticas a las que nos referiremos cuando analicemos el método de ponderación. Cf. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1963, pág. 3 y sigs.; y MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E., *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid, CEC, 1993, pág. 21 y sigs.

56. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 12. A continuación de esta afirmación colocan como ejemplo al Código Civil italiano, el cual establece una parte general en la que coloca el Capítulo 1, “Delle fonti del diritto” y el Capítulo 2, “Dell’ applicazione della legge in generale”.

57. “Resumen Ejecutivo”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 18.

58. LIMODIO, G., “Luces y sombras...”, ob. cit., pág. 58. En igual sentido el Dr. Vigo ha afirmado que “la distinción entre derecho (capítulo 1) y la ley (capítulo 2) parece un acierto frente a la estructura originaria de Código Civil que las asimilaba”, VIGO, R., “Comentarios al capítulo 1...”, ob. cit., pág. 61.

59. VIGO, R., “Comentarios al capítulo 1...”, ob. cit., pág. 65.



mas reales que podrían seguirse ante una ley que se considera desvalorizada frente a otras fuentes, especialmente el rol otorgado a la jurisprudencia, ya que “semejante responsabilidad en manos de los jueces reclama una muy clara y sólida preparación científica, prudencial y ética, pues el riesgo de la discrecionalidad es que degenera en arbitrariedad y el reductivismo del derecho a la jurisprudencia”<sup>60</sup>. Desarrollaremos la cuestión de la jurisprudencia como fuente más adelante.

Además respecto al “derecho” se han señalado dos cuestiones: por un lado, la pregunta sobre ¿cuál sería la distinción entre ley y derecho dado que en el articulado del proyecto se los termina usando indistintamente?<sup>61</sup>, y, por otro lado, ¿cuál es el concepto de derecho que implícitamente entienden los redactores?, dado que no lo han definido en los artículos. De allí que, como ha señalado el Dr. Gabriel Limodio, la lectura de los aspectos valorativos que se realizan en los Fundamentos “demuestra que a pesar de que en algunos puntos, por ejemplo cuando se refiere al derecho, no se inclina por una definición, propone un nuevo paradigma para la sociedad civil”<sup>62</sup>.

En tal sentido Zagrebelsky ha señalado que la distinción entre *ius* y *lex* se ha convertido en un principio jurídico operativo del que derivan importantes consecuencias: así, la *ley* expresa los intereses, las intenciones y los programas de los grupos políticos mayoritarios; mientras que los *derechos* se consideran inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como “patrimonio jurídico” de sus titulares, independientemente de la ley<sup>63</sup>.

60. *Ibíd.*, pág. 65. En tal sentido, el Dr. Félix Lamas ha señalado recientemente en el Seminario del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA, 7 de septiembre de 2012) que la “ley siempre es razón sin pasión mientras que la sentencia del juez es razón con ‘pasión’”, por lo que se sigue que la ley, causa ejemplar y eficiente del derecho, debe ser revalorizada frente al peligro de la arbitrariedad del juez.

61. “La distinción entre derecho (capítulo 1) y la ley (capítulo 2) parece un acierto frente a la estructura originaria del Código Civil que las asimilaba, aunque en el desarrollo de los artículos de ambos capítulos esa distinción queda en buena medida diluida”, VIGO, R., “Comentarios al Capítulo 1...”, *ob. cit.*, pág. 63.

62. LIMODIO, G., “Luces y sombras...”, *ob. cit.*, pág. 55.

63. Cf. ZAGREBELSKY, G., “La separación de los derechos respecto de la ley”, en *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, págs. 47-51.

Por último, la expresión “el derecho es un sistema” dista mucho de tener un significado unívoco<sup>64</sup>, identificándose al menos dos sentidos con esa expresión. Por un lado, puede referirse a un uso teórico u ontológico según el cual el derecho de cualquier comunidad política estaría formado no por un conjunto inconexo de normas jurídicas, sino por un conjunto unitario o estructurado de normas, dónde éstas, además, presentan algún tipo de relación entre sí, mereciendo el conglomerado formado por ambos elementos, la denominación de “sistema jurídico”<sup>65</sup>.

Del otro lado, la noción de sistema es básicamente una herramienta o instrumento metodológico según el cual el material normativo constitutivo de un orden jurídico tiene que ser reconstruido en términos de “sistema” consistiendo en la reconstrucción teórico-conceptual de un material identificado previamente como “derecho”<sup>66</sup>. Pero también esta concepción presenta problemas y paradojas, particularmente “los vinculados a la distinción entre la pertenencia de las normas a un sistema jurídico y su aplicabilidad y también a la identificación de las normas jurídicas a las que asignar uno u otro atributo”<sup>67</sup>. De allí que la confusión en el ordenamiento de las fuentes del derecho es un problema que también se presenta en esta idea del derecho como sistema al que adscribe el proyecto de reforma.

De este modo, el capítulo 1 dedicado al “Derecho” regula las fuentes y aplicación (Art. 1º), la interpretación (Art. 2º) y el deber de resolver del juez (Art. 3º); luego el capítulo 2 dedicado a la “Ley” establece el ámbito subjetivo (Art. 4º), la vigencia (Art. 5º), el modo de

64. Cf. PEÑA FREIRE, A. M., “Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas”, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (a cura di), *Analisi e diritto*, 2001, págs. 193-230, disponible en [http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2001/9penafreire.pdf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001/9penafreire.pdf).

65. Cf. GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1966, pág. 161.

66. Cf. CARACCILO, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, CEC, 1988, pág. 11.

67. PEÑA FREIRE, A. M., “Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas”, ob. cit., pág. 194.

contar los intervalos en derecho (Art. 6°), la eficacia temporal (Art. 7°) y el principio de inexcusabilidad (Art. 8°).

### 1.2.2. Fuentes y aplicación del derecho: el Artículo 1° del Proyecto

El Dr. Ricardo Lorenzetti ha señalado que el Código ha perdido centralidad y se ha ido desplazando progresivamente porque “las bases axiomáticas para el razonamiento legal están situadas en un sistema que excede al Código y que debe ser desentrañado por el intérprete mediante un proceso de identificación de fuentes y de normas fundamentales”<sup>68</sup>.

De este modo entonces, junto a la ley como fuente del derecho, coloca a otras fuentes que considera dentro del capítulo 1 sobre “Derecho”, fuentes que terminarían siendo más protagonistas que la ley ya que, como veremos, constituirá la nueva regla de interpretación. Así, aunque el capítulo se refiere al derecho, el Artículo 1° establece que los casos que este Código rige deben ser resueltos *según las leyes que resulten aplicables* (confusión entre ley y derecho como indicáramos en el párrafo anterior).

En los *Fundamentos* se aclara que la interpretación de la ley deberá “recurrir a todo el sistema de fuentes”<sup>69</sup>, de allí que abiertamente la ley pasa a ser tamizada en su protagonismo por las nuevas reglas de interpretación.

El Artículo 1° establece que la interpretación de las leyes aplicables “debe ser conforme con la Constitución Nacional<sup>70</sup> y los tratados en los que la República sea parte”<sup>71</sup>. Esta explícita mención a la

68. LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 35.

69. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 14.

70. “[...] la codificación se origina en el derecho continental europeo, y este tarda en reconocerle a la Constitución fuerza normativa: se la consideraba más un documento político [...] Nuestra codificación civil responde al molde continental europeo, y en su regulación de las fuentes [...] ha respetado ese modelo”, PALAZZO, E., “Apuntes sobre las fuentes...”, ob. cit., pág. 3.

71. Cf. Art. 1° del Proyecto de Reforma.

Constitución Nacional y su interpretación jurisprudencial implica la “constitucionalización del derecho privado” que por su complejidad abordaremos detalladamente en los apartados siguientes, siendo el tema central de nuestra investigación.

### *1.2.3. La Constitución Nacional como fuente del derecho civil en el derecho comparado*

Antes de analizar el origen de esta constitucionalización del derecho privado y cómo lo instrumentará el proyecto de reforma, conviene que nos detengamos en la regulación de las fuentes en los códigos civiles del derecho comparado, es decir, advertir si los códigos de derecho privado civil de otros Estados incluyen entre sus fuentes de manera expresa a la Constitución Nacional.

Respecto a la legislación europea, el Código Civil italiano<sup>72</sup> establece en el Artículo 1º las fuentes del derecho privado en el siguiente orden: 1) las leyes<sup>73</sup>, 2) los reglamentos, 3) las normas corporativas<sup>74</sup> y 4) las costumbres. Luego, el Artículo 12 regula la interpretación de la ley estableciendo que “al aplicar la ley no puede otorgársele otro sentido que el dado en las mismas palabras de la ley, en conexión con el mismo tipo de leyes y con la intención del legislador. Si una controversia no puede resolverse con una disposición precisa, se deben tener en cuenta disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; en caso de permanecer la duda, se debe decidir según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. No hay mención expresa entonces sobre la Constitución.

72. El Código Civil italiano fue aprobado el 16 marzo 1942 y la última reforma se realizó en el año 2000.

73. Aquí el inciso remite al Art. 117 de la Constitución italiana, el cual establece que “la potestad legislativa es ejercitada por el Estado y las regiones con respeto a la Constitución”.

74. Esta fuente ha sido derogada en 1944.

El Artículo 1º del Código Civil español<sup>75</sup> establece que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre<sup>76</sup> y los principios generales del derecho”<sup>77</sup> (inc. 1). Respecto a las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales, “no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado” (inc. 5); y respecto a la jurisprudencia que “complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (inc. 6).

El Artículo 3º establece que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (inc. 1) y que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita” (inc. 2). Nuevamente no hay mención expresa de la Constitución Nacional como fuente del derecho civil.

El Título Preliminar del Código Civil francés<sup>78</sup> solo menciona a la ley<sup>79</sup> y aún en la última reforma de 2004 la Constitución Nacional no es mencionada de modo expreso.

75. El Código Civil español fue aprobado en 1889.

76. El inc. 3 establece que “la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”.

77. El inc. 4 establece que “los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

78. El Código Civil francés ha sido sancionado en 1804 y ha sufrido numerosas reformas desde entonces. En lo atinente al Título Preliminar su reforma corresponde a 2004.

79. El Título Preliminar se compone de seis artículos en los que establece la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes en general.

Si nos dirigimos a la legislación comparada en Latinoamérica, vemos que el Código Civil de la República Oriental del Uruguay<sup>80</sup> contiene en su Título Preliminar, en veinte artículos, todo lo atinente a la ley y respecto a su interpretación el Artículo 16 establece que “cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso” y el Artículo 17 expresa: “[...] cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción”. Ninguna mención expresa nuevamente a la Constitución Nacional.

Del mismo modo, el Título Preliminar del Código Civil chileno<sup>81</sup> regula solamente la ley y respecto a su interpretación establece que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento” (Art. 19); luego, “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal” (Art. 20). Ninguna mención nuevamente a la Constitución Nacional.

El Título Preliminar del Código Civil de Perú<sup>82</sup> también regula la fuente principal, la ley y en caso de deficiencia de la misma, el Artículo 8° establece que “los jueces deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. Sin embargo, en el Artículo 10 referido a los “vacíos de la ley” se inserta una regulación novedosa y afín con el neoconstitucionalismo al ex-

80. Su última reforma fue realizada en 2006.

81. Su última actualización ha sido realizada en el año 2000.

82. Promulgado en julio de 1984.

presar que “la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación”.

El Código Civil de Colombia<sup>83</sup> establece en el Artículo 1º que reúne las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, las cuales “son aplicables en los asuntos de la competencia del gobierno general con arreglo a la Constitución”; luego el Artículo 4º define la ley como “declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional”. Sin embargo, al regular la interpretación de la ley, el Artículo 32 establece que “se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Por último, el Código Civil de México<sup>84</sup> regula como fuente principal la ley y el Artículo 19 establece que “las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho”. Tampoco hay referencia sobre la Constitución Nacional.

Este breve recorrido por los códigos del derecho comparado nos permite comprender la innovación que el proyecto de reforma introduce al colocar expresamente a la Constitución como fuente del derecho privado. Si bien su no mención en otros códigos no implica que tales ordenamientos jurídicos no hayan adoptado también la constitucionalización del derecho privado, no podíamos dejar de pasar por alto esta diferencia importante en el catálogo de las fuentes y su interpretación por parte del proyecto de reforma<sup>85</sup>.

83. Sancionado en 1887, cuya última reforma se realizó en 2003. Sobre el proceso de constitucionalización en Colombia ver SIERRA GUTIÉRREZ, A., “Panorama actual de la constitucionalización del derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas”, en *Justicia Juris*, Vol. 7, Nº 1, enero-junio 2011, págs. 117-127.

84. Sancionado en 1928.

85. Una de las transformaciones derivadas del proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos es la multiplicación del impacto de la Constitución en la praxis jurídica y política, SEOANE, A., “La transformación de los sistemas jurídicos



## 2. LOS ORÍGENES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

### 2.1. *La Ley Fundamental de Bonn (1949) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: el Caso “Lüth”*

El 23 de mayo de 1949 (a cuatro años de finalizada la Segunda Guerra Mundial), se sancionó la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, conocida como Ley Fundamental de Bonn<sup>86</sup>, cuyos rasgos esenciales consistieron, por un lado, en una fuerte salvaguardia de la Constitución, a través tanto de la prohibición de restringir los derechos fundamentales como de la limitación para cambiarla, y, por otro, en la intervención del Poder Judicial en el control de los poderes estatales<sup>87</sup>.

La doctrina ha señalado que esta Constitución significó un cambio respecto al modelo constitucional decimonónico ya que –según las textuales palabras del jurista alemán, Konrad Hesse– “no apareció únicamente como una ley que determinó las competencias, procedimientos y delimitaciones, sino también como la proclamación de un sistema de valores o de un sistema cultural sin el cual nadie puede vivir, tiene el significado de una base espiritual del nuevo Estado”<sup>88</sup>.

Esto es lo que la doctrina ha denominado como el abandono de la perspectiva formal de la Constitución para convertirse en un conjunto de valores, principios, derechos y directrices que guían la vida jurídica

---

contemporáneos y los orígenes del neoconstitucionalismo”, *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006, pág. 314.

86. La *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, del 23 de mayo de 1949, sufrió cincuenta y dos revisiones desde aquella fecha, siendo la última revisión del 28 de agosto de 2006. Cf. *Ley Fundamental de la República Federal*, traducción al castellano realizada por Editorial Bundestag, Berlín, 2009.

87. La razón de ser de este diseño constitucional puede comprenderse por el mismo contexto histórico en que se originó. Se ha señalado que esta Constitución trató de evitar los errores de la Constitución de Weimar de 1919, por lo que se fortalecieron órganos supremos federales, excluyéndose así toda posibilidad de un sistema presidencial. Cf. “La Ley Fundamental de Bonn en su 40 aniversario. El jurista alemán Konrad Hesse analizó su evolución y problemática”, *Boletín Informativo* N° 182, agosto-septiembre 1988, págs. 42-46.

88. *Ibíd.*, pág. 43.



y política. Así, la nueva orientación del Estado de Derecho “significó el paso del Estado Formal al Estado Material, del Estado Liberal al Estado Social, del Estado Legislativo al Estado Judicial”<sup>89</sup>.

De este modo, el Artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn estableció el fundamento central de dicha constitución: los derechos fundamentales. Así, antes de enumerar cada uno de estos derechos, expresó tres ideas centrales<sup>90</sup>:

(1) *La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.*

(2) *El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.*

(3) *Los derechos fundamentales vinculan a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable.*

Ahora bien, la doctrina ha señalado que “no cabe duda de que un factor esencial, tal vez el más decisivo para el éxito de la Ley Fundamental, fue la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de su jurisprudencia. Por medio de sus sentencias que han resuelto recursos de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad de leyes, este tribunal ha dado vida y vigor a los derechos fundamentales y a los principios rectores del Estado”<sup>91</sup>.

De allí que, si bien el contenido de este Artículo 1º ha sido considerado como el origen del nuevo Estado de Derecho Constitucional, será sin duda tiempo después donde se inicie ese proceso de cambio cuando el Tribunal Constitucional Federal Alemán interprete el Cód-

89. SEOANE, A., “La transformación de los sistemas jurídicos contemporáneos y los orígenes del neoconstitucionalismo”, *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006, pág. 313.

90. Cf. *Ley Fundamental de la República Federal*, traducción al castellano realizada por Editorial Bundestag, Berlín, 2009, pág. 14.

91. ELSNER, G.; HUBER, R. y STEINER, Ch., “Prólogo”, en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schawabe*, Berlín, Konrad-Adenauer, 2009, pág. 18. “La Constitución ha experimentado una gran evolución por medio de las sentencias dictadas por el Tribunal Federal de garantías constitucionales”, “La Ley Fundamental de Bonn en su 40 aniversario. El jurista alemán Konrad Hesse analizó su evolución y problemática”, ob. cit., pág. 46.

go Civil alemán a la luz de la Ley Fundamental de Bonn en el *leading case* “Lüth”<sup>92</sup>, sentencia que se basó a su vez en la doctrina alemana, especialmente Dürig, respecto a la interpretación de tal Artículo 1º.

Antes de detallar los argumentos vertidos en la sentencia, nos detendremos brevemente en los hechos<sup>93</sup>.

En los años cincuenta, en Alemania, Erich Lüth<sup>94</sup>, presidente de una organización privada de prensa en Hamburgo, había llamado públicamente, ante productores y directores de cine, al boicot de la película *Unsterbliche geliebte*<sup>95</sup>, dirigida por el actor y director de cine, Veit Harlan<sup>96</sup>, argumentando que dicho director había sido en la época nacionalsocialista un difusor de películas al servicio de la ideología de ese régimen. El productor de la película solicitó una medida cautelar ante el Tribunal de Hamburgo a través de la cual pretendía se prohibiese a Lüth continuar con el boicot, especialmente dirigido a propietarios de teatros y compañías distribuidoras de películas.

El Tribunal local hizo lugar a la demanda fundándose en el Artículo 826 del Código Civil alemán, según el cual “quien, de modo contrario a las buenas costumbres, cause daños dolosamente a otro, está obligado a la reparación del daño”. Así, decidió condenar “al demandado, so pena de prisión o multa (que deberá ser determinada judicialmente), a: 1. Abstenerse de solicitar –a los dueños de los teatros

92. Sentencia BVerfGE 7, 198 (Lüth) (en adelante citaremos “Caso Lüth”).

93. Para un detallado recorrido sobre los hechos del caso y sus circunstancias históricas, cf. WESEL, U., *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, München, Blessing, 2004. En castellano Cf. CRUZ, L. M., *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005.

94. Erich Lüth (1902-1989) fue un escritor y director de cine alemán, nacido en Hamburgo que también se dedicó a la política.

95. Traducida al inglés como “Immortal beloved” y al castellano como “La dinastía indomable”.

96. Veit Harlan (1899-1964) nació en Berlín. “By 1937, Joseph Goebbels had appointed Harlan as one of his leading propaganda directors. His most notorious film was *Jud Süß* (1940), which was made for anti-semitic propaganda purposes in Germany and Austria. In 1943 it received UFA’s highest awards. Karsten Witte, the film critic, provided a fitting appellation for Harlan calling him ‘the baroque fascist’. Harlan made the Reich’s loudest, most colorful and expensive films”, RENTSCHLER, E., *The ministry of illusion: nazi cinema and its afterlife*, Harvard University Press, 1996, pág. 167.

alemanes y distribuidores de películas— que no incluyan dentro de su programación la película *Unsterbliche geliebte*, producida y distribuida en el territorio alemán por las demandantes. 2. Abstenerse de incitar al público alemán a no ver esa película. El Tribunal Estatal considera que la expresión del recurrente constituye una invitación al boicot contraria a las buenas costumbres<sup>97</sup>.

Contra esta sentencia, Lüth interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual anuló la sentencia anterior. Tres fueron los argumentos que nos interesa resaltar conforme a nuestro estudio:

En primer lugar, el Tribunal al plantear la cuestión debatida en doctrina respecto a si la ley civil puede interpretarse a la luz de la Constitución (la denominada constitucionalización del derecho), o en otras palabras, si los derechos fundamentales, además de tener garantía frente a las acciones gubernamentales<sup>98</sup>, pueden ser amparados en las relaciones entre particulares (la denominada eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales)<sup>99</sup>, advierte que debe

97. “Lüth”, en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schawabe*, ob. cit., pág. 203.

98. “Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual —al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución— quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos —el recurso de amparo— exclusivamente en contra de actos del poder público”, Lüth.

99. El Tribunal da cuenta de esa discusión doctrinaria explicando: “La cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el derecho civil y cómo deben entenderse esos efectos en particular, es un asunto ampliamente discutido en la doctrina (sobre el estado actual de las opiniones véase recientemente a LAUFKE, en *Escritos en honor de Heinrich Lehmann*, T. I, 1956, pág. 145 y sigs., y DÜRIG, en *Escritos en honor de Nawiasky*, 1956, pág. 157 y sigs.). Las posiciones más extremas en esa discusión se basan de una parte en la tesis de que los derechos fundamentales se

expedirse al respecto siendo consciente de que tomará posición por primera vez<sup>100</sup>.

Así entonces consideró que el contenido jurídico de los derechos fundamentales que se encuentran en el texto constitucional *debe servir de guía de interpretación* para todas las controversias entre particulares sobre derechos y deberes en el caso de las *normas de conducta del derecho civil*. Agregó dos notas importantes: que el Código Civil, siendo anterior a la Ley de Bonn, deberá estar en concordancia con la Constitución, es decir, deberá dársele una *nueva interpretación* al mismo Código; luego aclara que seguirá interpretándose y aplicándose el derecho civil, “aún cuando su interpretación deba apegarse al derecho público, es decir, a la Constitución”.

Nació así la constitucionalización del derecho privado (*drittwirkung der grundrechte*)<sup>101</sup> o denominado por el mismo Tribunal como “punto de irrupción” de los derechos fundamentales en el derecho civil.

En segundo lugar, para fundamentar tal decisión argumentó con una serie de afirmaciones que podrían considerarse el núcleo filosó-

---

dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de la otra, en la idea de que los derechos fundamentales –al menos, algunos de ellos y en todo caso los más importantes– son válidos también en el tráfico jurídico privado y frente a cualquier persona”.

100. “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal existente hasta ahora no ha podido tomar partido por ninguna de estas dos posiciones extremas”, Lüth.

101. “[...] el juez debe examinar, merced al mandato constitucional, si las disposiciones materiales del derecho civil aplicadas han sido influenciadas por los derechos fundamentales en la forma descrita; si esto es así, entonces tendrá que tener en cuenta para la interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al derecho privado que de allí se originen. Éste es el sentido también de la vinculación del derecho civil a los derechos fundamentales (Art. 1º, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Si omite esos criterios, y su sentencia deja por fuera esa influencia del derecho constitucional sobre las normas del derecho civil, violaría entonces no solo el derecho constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva), sino que además, como portador del poder público, violaría con su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto tiene derecho constitucional el ciudadano, aun respecto del poder jurisdiccional. En contra de una sentencia de esta clase –sin perjuicio de la impugnación del error en las instancias civiles– se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal, por la vía de un recurso de amparo [...]”, Lüth.

fico-jurídico del neoconstitucionalismo: la Ley Fundamental no es un ordenamiento de valores neutral<sup>102</sup> sino que, en su capítulo sobre derechos fundamentales, “ha establecido un *orden de valores objetivo*”. ¿Cuál sería ese orden de valores? Continuó afirmando: “[...] la *dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad* (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho”<sup>103</sup>.

Así es como irrumpió el concepto de Constitución como orden objetivo de valores en cuya cúspide se hallaría la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

De allí que considere tales derechos de orden público, en el sentido de “principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorios también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares”. ¿Cuál sería el fundamento de este orden de valores?; lo expresó el mismo Tribunal al afirmar que se encuentra en “la totalidad de las *concepciones axiológicas que el pueblo –en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual–* ha alcanzado y fijado en su Constitución”. Inaugura así el carácter intrínsecamente cambiante de tal orden de valores.

En tercer lugar, a esta nueva estructura o sistema jurídico era necesario facilitarle un método de interpretación, dado que aquí se debería compatibilizar el artículo del CC alemán que sanciona a aquel que por su accionar dañase a otro y la libertad de opinión en cabeza de Lüth. La misma sentencia instrumentará el método de interpreta-

102. Advertir que todas las argumentaciones jurídicas en torno a la neutralidad estatal quedarían borradas expresamente.

103. De allí que “este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura. Éste influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho”, Lüth.

ción expresando que “el *derecho fundamental a la libertad de expresión* es, como *expresión directa de la personalidad humana en la sociedad*, uno de los derechos más supremos (*un des droits les plus précieux de l’homme*, de conformidad con el Artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Hace parte del *orden estatal democrático y libre*, el que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su elemento vital [...] En cierto sentido es el *fundamento de toda libertad* [...] De ese significado fundamental de la libertad de opinión para el Estado democrático liberal se origina el que *no sería consecuente*, como punto de partida de ese sistema constitucional, *que toda relativización del alcance material de ese derecho fundamental se dejara a la ley ordinaria* [...] interpretarse de modo tal que el especial contenido de valor de ese derecho deba llevar en una democracia liberal a que se garantice, en todo caso, una *presunción básica a favor de la libertad de expresión* en todos los ámbitos [...] Por consiguiente, los juicios de valor, que tienen por objeto causar un efecto espiritual, y que, principalmente, buscan convencer a otros, se encuentran protegidos por el Artículo 5º, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental; la protección del derecho fundamental se relaciona, en primer lugar, con las opiniones propias de quien las expresa, que se expresan en un juicio de valor, mediante el cual se busca causar un efecto sobre otros [...] La expresión de una opinión, así entendida, esto es, en su puro efecto espiritual, es, como tal, libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión”.

Se requiere, por consiguiente –y aquí aparece el método que analizaremos en último puesto–, una “ponderación de los bienes jurídicos”. “El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los *intereses de superior rango de un tercero*, y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión. La existencia de tales intereses supremos en cabeza de un tercero se debe establecer con base en todas las circunstancias del caso [...]”.

Así concluyó entonces que “con base en esas consideraciones, está convencido de que el Tribunal Estatal *ha desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuye al*

*derecho a la libertad de expresión, también allí donde ésta entra en conflicto con los intereses privados de terceros.* La sentencia del Tribunal Estatal omite los *criterios basados en los derechos fundamentales*, y viola así el derecho fundamental del recurrente contemplado en el Artículo 5º, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Por consiguiente, se revoca la sentencia apelada”.

Nació de este modo la constitucionalización del derecho privado, especialmente en una de sus vías: la aplicación directa de la Constitución a las relaciones estrictas de derecho civil privado y la ponderación de bienes jurídicos dando primacía a la Carta Magna por encima del Código Civil e incluso adaptando a éste a los nuevos valores o principios constitucionales.

Robert Alexy, uno de los principales defensores del neoconstitucionalismo, señaló tres consecuencias más importantes del “Caso Lüth”<sup>104</sup>. En primer lugar, que los derechos fundamentales no solo tienen el carácter de reglas sino también de principios. En segundo lugar, que los valores o principios no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, para todos los ámbitos del derecho, lo cual lleva a un efecto de “irradiación de los derechos fundamentales” sobre todo el sistema jurídico, los derechos fundamentales se vuelven ubicuos. En tercer lugar, dado que los valores o principios tienden a colisionar, solo queda el camino de la ponderación de bienes a cargo del juez. Este último aspecto, el de la ponderación, es para Alexy el concepto capital frente al tradicional método de subsunción<sup>105</sup>, tema que veremos a la hora de analizar las críticas a la *constitucionalización* del derecho privado en el punto 4.

## 2.2. La doctrina alemana

La defensa de la concepción de la *Constitución como orden objetivo de valores*, concebida como fundamento válido de todas las áreas del

104. Cf. ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, enero-junio 2009, pág. 3.

105. *Ibíd.*, pág. 3.



derecho y enraizada en la persona humana, se ha atribuido a Günter Dürig.

Se ha considerado a Dürig<sup>106</sup> como el inventor del “sistema de valores” (*wertsystem*) de los derechos fundamentales, noción de la que –según vimos– se sirvió el Tribunal Constitucional a partir del “Caso Lüth”. Así este autor realizó un exhaustivo análisis del Artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn, comenzando con un párrafo significativo:

“En la conciencia de que la *vinculatoriedad* y la *fuerza obligatoria* de una Constitución también y en última instancia solo puede fundarse en *valores objetivos*, el legislador constitucional, una vez que la referencia a Dios como el origen de todo lo creado no pudo ser mantenida, ha hecho *profesión de fe en el valor moral de la dignidad humana*. Mediante tal asunción del valor moral de la dignidad humana en la Constitución positiva, este valor se ha hecho al mismo tiempo [...] valor jurídico, de manera que su consideración jurídica (reconocidamente difícil, pero no inusual) es mandato jurídico-positivo”<sup>107</sup>.

Luego continúa Dürig explicando que lo que en el Artículo 1º se ha recogido es “el más alto principio constitutivo de todo derecho objetivo”<sup>108</sup>, estableciéndose la “base para un completo sistema de valores”<sup>109</sup>. Como es difícil fundar en la enunciación de ese solo valor todo un sistema de pretensiones, dicho valor se ha desplegado y subdividido en los derechos fundamentales particulares, por obra

106. Dürig nació en 1920 en Breslau, fue oficial profesional del ejército alemán y en la guerra resultó gravemente herido. Tras la guerra estudió Derecho y en 1954 llegó a Profesor de Derecho Constitucional en Tübingen. Falleció en 1996. Cf. GARCÍA AMADO, J. A., “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en MANTILLA ESPINOSA, F. (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

107. DÜRIG, G., *Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz*, München, Beck, s.a. –2003–, Artículo X, apartado Y, nota marginal x, cit. en GARCÍA AMADO, J. A., “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, ob. cit., pág. 201.

108. M-D. Art. 1º Abs. I, nm. 4.

109. M-D. Art. 1º Abs. I, nm. 5.



del apartado II del Artículo 1º. Eso tiene dos consecuencias: esos derechos fundamentales poseen valor puramente declarativo en el texto constitucional, pues son emanación de ese valor dignidad reconocido en el primer enunciado de la Constitución; y, porque surgen de la dignidad, y solo por eso, tales derechos tienen un contenido necesario. El apartado III de ese Artículo 1º “actualiza” dichos derechos humanos como “derechos fundamentales”, convirtiéndolos en “derechos públicos subjetivos”, pero “sin quitarles su contenido preconstitucional”. Cuando el Artículo 19 de la Constitución fija la obligación de respetar en todo caso el “contenido esencial” de esos derechos, se está dando forma positiva a esa “decisión valorativa previa”: la de entender que esos derechos anteceden al Estado mismo y a todo derecho positivo y que, por ello, no pueden ser objeto de disposición previa por el Estado.

De este modo, el desarrollo de los derechos fundamentales produjo su “irradiación” sobre todo el ordenamiento jurídico implicando “la interpretación y aplicación del derecho ordinario de conformidad con los derechos fundamentales. Estos inciden de ese modo sobre el derecho privado y logran cierta eficacia en las relaciones entre particulares”<sup>110</sup>.

Como ha señalado Aldunate Lizana, la afirmación de los preceptos sobre derechos fundamentales realizada por el Tribunal y doctrina alemanes hizo que dejaran de constituir la base para fundar reglas de deber ser y pasaran a considerarse un orden objetivo de valores produciéndose así “una revolución copernicana” desde la perspectiva que cumplen los textos normativos en el sistema de fuentes: las leyes dejarán de ser consideradas como un llamado al juez a disciplinar su proceso argumental, sino “como definiciones de lo valioso, que, una vez asumidas como tales, dejan en libertad de acción al juzgador”<sup>111</sup>.

110. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Teoría y realidad constitucional en Alemania”, en *UNED*, núm. 1, 1er. semestre 2008, pág. 200.

111. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *ob. cit.*, pág. 82.

### 2.3. La cuestión sobre la distinción entre derecho público y privado

En primer lugar, el Artículo 1º establece que la interpretación de las leyes aplicables “debe ser conforme con la Constitución Nacional<sup>112</sup> y los tratados en los que la República sea parte”<sup>113</sup>. Esta explícita mención a la Constitución Nacional y su interpretación jurisprudencial implica la “constitucionalización del derecho privado”.

Nos detendremos aquí en una cuestión discutida hace tiempo por la doctrina y que se encuentra directamente vinculada: la problemática sobre la distinción cada vez más difusa entre derecho público y privado.

Atento a que una de las premisas de la constitucionalización del derecho privado consiste en que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos –pertenecientes al ámbito del tradicional derecho público– se aplican de modo directo especialmente a través de las sentencias de los jueces para regir las relaciones entre particulares –reguladas por el derecho privado–, se presenta una primera cuestión respecto a la clásica distinción entre ambas clases de derechos<sup>114</sup>.

Esta distinción se basa en una fórmula del derecho romano: derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado; derecho privado

112. “[...] la codificación se origina en el derecho continental europeo, y este tarda en reconocerle a la Constitución fuerza normativa: se la consideraba más un documento político [...] Nuestra codificación civil responde al molde continental europeo, y en su regulación de las fuentes [...] ha respetado ese modelo”, PALAZZO, E., “Apuntes sobre las fuentes...”, ob. cit., pág. 3.

113. Cf. Art. 1º del Proyecto de Reforma.

114. Respecto a esta cuestión se ha señalado que “los iuscivilistas [...] antes de pasar sin más el problema del derecho civil, comienzan con una distinción entre derecho público y privado. Metodológicamente esta forma de abordar el tema responde, por una parte, al criterio que siguen todos los tratados de derecho civil, que se han dedicado al tema, los cuales invariablemente plantean el problema de la división del derecho”, LIMODIO, G., *Los principios y la enseñanza del derecho privado*, Buenos Aires, Educa, 2008, ver nota 145, pág. 116. En tal sentido se ha señalado respecto a esta cuestión en Francia que “el fenómeno de la constitucionalización de las ramas del derecho tiende a borrar la distinción entre derecho público y derecho privado”, FAVOREU, J. L., “La constitucionalización del derecho”, en *Revista Derecho (Valdivia)*, vol. 12, no. 1, agosto 2001, págs. 31-43.

es el que se refiere a la utilidad de los particulares. Para algunos autores –como ha señalado Legaz y Lacambra–, esta distinción “es tan esencial que posee carácter apriorístico. Así, según Radbruch, ‘no son conceptos jurídico-positivos que pudieran eliminarse sin inconveniente de un orden jurídico positivo determinado, preceden lógicamente a toda experiencia jurídica y poseen validez previa a ésta’”<sup>115</sup>. Sin embargo, esta distinción no la conoció el antiguo derecho germánico y el socialismo absorbió todo derecho privado en derecho público.

Según Kelsen, esta distinción es “funestísima” porque favoreció la irrupción de la política en la teoría del derecho: así con la *Razón de Estado* forjada por Maquiavelo el príncipe poseía un complejo de postulados políticos favorables frente al orden jurídico en vigor y entonces el derecho público fue concebido en una posición preeminente al derecho privado, criterio político que consiste en suponer una especie de plusvalor al primero pudiendo el príncipe por razón de Estado obrar contra el derecho privado<sup>116</sup>.

Sin embargo, la doctrina ha considerado que ambas clases de derecho no poseen límites infranqueables porque hay materias que pertenecen, según el momento histórico, al derecho privado o al público, por lo que sería “una sana tendencia la de acentuar la unidad fundamental del derecho y la necesidad de destacar la naturaleza unitaria de las normas jurídicas a través de la mutaciones de su estructura”<sup>117</sup>.

A ello se suma además cierta dificultad para trazar una línea divisoria clara entre lo “público” y lo “privado”, entre lo que es de utilidad general y lo que solo afecta a la utilidad particular.

Según Legaz y Lacambra la gran crisis que atraviesa actualmente la división del derecho en público y privado se debe a una variación fundamental de los supuestos que motivaron su éxito, tales como:

En primer lugar, la juridización que ha experimentado la vida toda del Estado liberal –cuyo correlato en la teoría es la doctrina jurídica pura de Kelsen y su escuela– ha creado un clima muy poco propicio para la supervivencia de aquella *Razón de Estado* que constituía

115. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1972, pág. 511.

116. Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, ob. cit., págs. 512-513.

117. *Ibíd.*, pág. 514.

un dominio de *ius publicum* por virtud del cual el príncipe se afirmaba *legibus solutus*<sup>118</sup>.

En segundo lugar, la evolución social ha ido poniendo de relieve la interferencia cada vez mayor de lo público en lo privado: muchos intereses particulares tradicionalmente enclavados en el área del derecho privado han sido tomados expresamente en la protección del derecho público. Baste pensar en dos ejemplos: la familia y la propiedad<sup>119</sup>.

En tercer lugar, el liberalismo representó la disolución del derecho público en derecho privado. La categoría fundamental del derecho público es allí el pacto social; el fundamento de la obligación política es la voluntad de los obligados, es decir, la obligación política se construye al modo de una obligación privada; en suma, el derecho público liberal se resuelve en relaciones de coordinación [...] El contrato es la forma adecuada al tipo de unión llamado sociedad consistente en que "sus miembros no están vinculados por lazos orgánicos, sino puramente voluntarios y racional-utilitarios; organización político social del liberalismo individualista, cuya forma política de organización es el Estado Liberal de Derecho"<sup>120</sup>.

En cuarto lugar, en las concepciones superindividualistas el punto de vista se invierte y la primacía corresponde al derecho público, "[...] allí las relaciones de subordinación tienden a convertirse en típicas incluso en el ámbito tradicionalmente asignado al derecho privado"<sup>121</sup>.

Sin embargo, el mismo autor concluye con una valoración negativa la supresión de la distinción entre el derecho público y privado porque "la diferencia entre ambos tipos de regulación jurídica representa un valor irrenunciable y posee una justificación ética: es imposible que todas las formas de convivencia social adopten el módulo de la coordinación, porque entonces sería imposible la autoridad, que es un factor ineliminable de la coexistencia: pero tampoco puede

118. Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, ob. cit., pág. 519.

119. *Ibíd.*, pág. 520.

120. *Ibíd.*, pág. 521.

121. *Ibíd.*, pág. 521.

reducirse todo a subordinación, porque ello sería destruir la libertad, que es la raíz misma de la existencia”<sup>122</sup>.

Según el Dr. Ricardo Lorenzetti han cambiado en las últimas décadas los presupuestos que dieron origen a la separación entre derecho público y privado<sup>123</sup>, mencionando cuatros elementos:

- 1) El “imperium” e igualdad: antes para el derecho público el Estado era fuerte porque estaba dotado de *imperium* y el derecho privado se aplicaba a dos sujetos en paridad que se relacionaban de modo horizontal. En cambio, ahora a las desigualdades entre individuos se les aplican normas imperativas en el derecho privado que se imponen a los particulares en asuntos sensibles al interés público<sup>124</sup>.
- 2) Ley y contrato: antes la ley correspondía al ámbito público y los contratos al privado. En cambio ahora sucede que algunos negocios públicos surgen de negociaciones análogas a los contratos, y se ha incrementado la regulación heterónoma de conductas con base en el orden público<sup>125</sup>.
- 3) Justicia distributiva y conmutativa: la primera correspondía al derecho público y la segunda al derecho privado. Ahora comienza a percibirse el efecto distributivo de las normas jurídicas y ello gravita en las decisiones regidas por la justicia conmutativa, como por ejemplo, la imputación de la responsabilidad civil<sup>126</sup>.
- 4) Por último, menciona un cambio que está directamente relacionado con la reforma que analizamos: antes las fuentes eran autónomas, es decir, para el derecho público, la Constitución y para el derecho privado, los Códigos Civil y Comercial. Ahora el derecho privado está tratado en la Constitución y “el movimiento de derechos humanos ha influido notablemente para que la relación sea muy estrecha: la mayoría de los casos se so-

122. *Ibíd.*, pág. 522.

123. Cf. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 30.

124. *Ibíd.*, pág. 30.

125. *Ibíd.*, pág. 30.

126. *Ibíd.*, pág. 30.

lucionan con referencias constitucionales”<sup>127</sup>. Al mismo tiempo, el derecho público incorporó elementos iusprivatistas (servicios públicos a consumidores o contratos administrativos). Concluye allí entonces la constatación de un “pluralismo de fuentes muy complejo en el que se relacionan las fuentes del derecho privado con las del derecho público”<sup>128</sup>.

Respecto a esta cuestión, en los Fundamentos del Proyecto de CC y Com. se advierte que, frente a la división tajante existente en la mayoría de los Códigos entre el derecho público y el derecho privado, se “establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado”<sup>129</sup>, unión que considera se ve claramente en todos los ámbitos del derecho privado, tales como la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, afirmando que “existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”<sup>130</sup>.

Aquí entonces podemos concluir que la discusión doctrinaria entre la necesaria o no distinción entre derecho público y privado se inserta dentro del proceso histórico que dio paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional, del Estado Legislativo al Estado Judicial.

### 3. LAS VÍAS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La doctrina ha señalado tres vías de constitucionalización del derecho privado: la vía reformadora, la vía hermenéutica o indirecta y la vía directa<sup>131</sup>.

127. *Ibíd.*, pág. 31.

128. *Ibíd.*, pág. 31.

129. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 4.

130. *Ibíd.*, pág. 4.

131. Cf. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, en *Derecho mayor*, Temuco, Nro. 3, octubre de 2004, págs. 47-63.

### 3.1. *La vía reformadora: la Constitución como motor del cambio legislativo*

Este modo de constitucionalización del derecho privado a su vez ha acontecido de dos maneras diferentes: por un lado, se han realizado reformas en la legislación del derecho privado teniendo en cuenta criterios o principios constitucionales. Por otro lado, a la inversa, diversas reformas constitucionales han introducido en sus artículos principios o normas de derecho privado<sup>132</sup>.

Así, encontramos como ejemplo del primer modo<sup>133</sup> la reforma del Código Civil chileno en materia de filiación<sup>134</sup>, que desde un comienzo se justificó en la necesidad de ajustar la normativa legal a las exigencias del principio de igualdad recogido en la Constitución o la introducción en el mismo CC chileno de un texto constitucional donde expresamente el Artículo 222 establece que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo” y que para ello “procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* de modo conforme a la evolución de sus facultades”. De allí que Corral Talciani haya señalado que la frase “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” está tomada directamente del Artículo 5º, inc. 2, de la Carta Magna chilena.

En el mismo sentido, los Fundamentos del proyecto de reforma del CC y Com. consideran que “como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes”<sup>135</sup> y aclara que “en aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones [...] que

132. Un detallado análisis de esta vía de constitucionalización en las reformas del CC de España puede verse en BARBER CÁRCAMO, R., “La Constitución y el derecho civil”, en *REDUR*, N° 2, 2004, págs. 40-52, disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/rejur/numero2/barber.pdf>.

133. Cf. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., pág. 46.

134. Cf. Ley N° 19.585 de 1998.

135. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 10.

estuvieron orientadas por los valores representados en el bloque de constitucionalidad”<sup>136</sup>.

Así, por ejemplo, podríamos considerar dentro de esta vía la regulación ordenada según el proyecto de reforma en el cuerpo del Código de los *derechos personalísimos*. Como ha señalado el Dr. Navarro Floria, “la regulación de los derechos personalísimos es el eco, en el derecho civil, del gran desarrollo que en el derecho constitucional y en el derecho internacional público han tenido a partir de la segunda mitad del siglo XX los llamados ‘derechos humanos’. Se trata, en ambos casos, de una exigencia del reconocimiento de la dignidad connatural e innata de toda persona humana, que es el fundamento de tales derechos”<sup>137</sup>. De este modo, se incluyen dentro de la normativa civil la protección de la dignidad humana, el derecho al honor, a la imagen, a la intimidad y disposición del propio cuerpo. Sin embargo, el proyecto no es consecuente con la enunciada y pretendida constitucionalización de modo completo ya que omite ciertos derechos que pertenecen al bloque de constitucionalidad argentino tales como el derecho a la vida, el derecho a la identidad y el derecho a la objeción de conciencia<sup>138</sup>.

Asimismo se ha señalado que en la regulación del matrimonio el proyecto inserta principios constitucionales que generan cierta equívocidad. Por ejemplo, como ha señalado la Dra. Úrsula Basset, el principio de igualdad es de naturaleza constitucional y aparece en tratados internacionales específicamente referido al matrimonio, por lo que “el

136. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 8.

137. NAVARRO FLORIA, J. G., “Los derechos personalísimos”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 107. Señala este autor que algunos de los derechos personalísimos habían encontrado lugar en el Código, como por ejemplo el derecho a la intimidad en el Art. 1071 bis, otros, en cambio, habían quedado alojados en leyes complementarias, como el caso de la ley de propiedad intelectual que protege el derecho a la imagen, por lo que la regulación en esta materia es “desordenada e inorgánica”, *ibíd.*, pág. 108.

138. *Ibíd.*, pág. 115.



Código Civil no parece el lugar apropiado para su reiteración<sup>139</sup>. Por otro lado, la redacción del proyecto enuncia el principio de igualdad de manera abstracta, sin advertir diferencias de hecho en las situaciones por igualar y además aquellos que más deberían ser protegidos, como las mujeres y los niños, no parecerían estarlo<sup>140</sup>.

El segundo modo de esta vía de constitucionalización, que justamente es inverso al anterior, consiste en introducir en la Constitución principios de derecho privado<sup>141</sup>. Así, como ha señalado Aída Kemelmajer de Carlucci –una de las redactoras de la reforma–, nuestra Cons-

139. BASSET, U. C., “Matrimonio”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 212.

140. Nos excede aquí la posibilidad de enumerar todos los artículos del proyecto en los que el principio constitucional de igualdad quedaría vulnerado en lugar de ser regulado en coherencia con la pretendida constitucionalización, siendo solo a modo de ejemplo: respecto de la mujer, al no contemplarse la especial constitución de la relación intersexual que se da entre varón y mujer, eliminando toda referencia al sexo femenino, implica olvidar que “la protección de la mujer en las relaciones heterosexuales es un imperativo derivado de la constitucionalización del derecho civil”, *ibíd.*, pág. 213; se incorporan además normas claramente lesivas de la dignidad de la mujer, tales como el alquiler de vientres. Respecto al niño, no se ha incorporado el principio de protección del interés del niño, “como una exigencia de la constitucionalización del derecho de familia”, *ibíd.*, pág. 213.

141. Este modo ha sido denominado también como “privatización del derecho público”. Cf. PLOVANICH, M. C., “Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/>. Respecto a este modo Corral Talciani ha señalado que “los profesores de derecho civil –medio en broma, medio en serio– suelen vengarse de quienes hablan de constitucionalización del derecho civil, retrucando que lo que en verdad ha sucedido es una civilización del derecho constitucional. Es el mismo fenómeno pero observado desde el ángulo inverso: materias que eran y son propias de derecho privado ahora se las encuentra en la Constitución, al menos en sus elementos básicos. Así, la disposición que contempla que ‘la ley protege la vida del que está por nacer’ ha pasado del Código (Art. 75) a la Constitución (Art. 19 N° 1), y lo propio sucede con clasificación de las cosas en corporales o incorporeales (Art. 565 CC, Art. 19 N° 24 Const.). Estas disposiciones no cambian su pertenencia o adscripción al derecho privado por el solo hecho de recogerse en la Constitución o por contar con una adicional tutela jurisdiccional de fuente constitucional”, CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., pág. 11.

titudin Nacional desde la reforma de 1994 tiene algunas normas que expresamente se refieren a la reparaci3n del da1o<sup>142</sup>.

Por ejemplo, el Art3culo 41 establece que "el da1o ambiental generar3 prioritariamente la obligaci3n de recomponer seg3n lo establezca la ley", por lo que "se trata de una cl3usula constitucional que espec3ficamente prev3 un da1o especial (el ambiental) y lo declara indemnizable"<sup>143</sup>.

En igual sentido, el Dr. R. Lorenzetti ha se1alado que se ha constituido como una tendencia en Latinoam3rica que las Constituciones incorporen normas de contenido privado, como por ejemplo la reforma constitucional de Brasil de 1998, que incorpor3 numerosas normas sobre derechos de la persona, de la intimidad, de la informaci3n, etc.; o la reforma constitucional de 1994 en nuestro pa3s, que se inclin3 a la misma tendencia, aunque "utilizando una metodolog3a diferente: los Art3culos 41, 42 y 43 incorporaron directamente normas fundamentales de derecho privado [...] dando lugar a un importante contenido iusprivatista en la Constituci3n"<sup>144</sup>.

Sin embargo, tal autor ha considerado contraproducente tanto detallismo en el texto constitucional, ya sea porque puede llegar a inmovilizar el desarrollo social o porque podr3a tornarse inaplicable, transformando a la ley fundamental en un texto program3tico "con una abundancia de compromisos doctrinarios que puede llegar a fracasar tal como ha sucedido con la Constituci3n de Brasil"<sup>145</sup>.

142. Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Da1os y Constituci3n Nacional", Ponencia presentada en las Jornadas "Homenaje al 150° Aniversario de la Constituci3n Nacional", Colegio P3blico de Abogados de la Capital Federal, 14 de agosto de 2003, disponible en <http://www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos/>. Aqu3 la autora explica detalladamente c3mo se ha constitucionalizado el derecho de la responsabilidad civil.

143. *Ib3d.*, p3g. 7.

144. LORENZETTI, Ricardo L., *Teor3a de la decisi3n judicial. Fundamentos de derecho*, ob. cit., p3gs. 81-82.

145. *Ib3d.*, p3g. 82.

### 3.2. *La aplicación indirecta o vía hermenéutica*

Según Corral Talciani, esta vía “es menos invasiva que la anterior, pero quizá de mayor permanencia”<sup>146</sup>. También puede adoptar dos formas, una moderada y otra radical.

La forma moderada contempla a la Constitución como el marco dentro del cual deben moverse los operadores jurídicos en el derecho privado a la hora de interpretar o leer los textos legales. En esta versión –advierte Corral Talciani– “es posible incluir la aplicación del criterio de interpretación llamado ‘conforme a la Constitución’ y que consiste en privilegiar como lectura de un texto legal aquella en que se aprecie mejor su compatibilidad con los valores y normas constitucionales”<sup>147</sup>. O también “se aplica en aquellos casos en que, de dos alternativas de interpretación de la ley, una de ellas se adecua a la Constitución y la otra se presenta como incompatible con ella, y se opta por aquella que es compatible (conforme) con la carta fundamental”<sup>148</sup>.

Esta forma ha sido muy estudiada y puesta en práctica ya en las primeras décadas del siglo XX en varios países europeos. Así, por ejemplo, en el año 1935 decía Federico de Castro: “Ninguna cuestión de derecho ha tenido en España tan amplia y extensa resonancia como la del influjo de la nueva Constitución sobre las relaciones jurídicas civiles”<sup>149</sup> y en el derecho italiano<sup>150</sup>, donde la doctrina y jurisprudencia

146. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., pág. 7.

147. Cf. ibíd., pág. 7 y sigs.

148. ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 89.

149. DE CASTRO, F., “El derecho civil y la Constitución”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, año XXII, 1935, pág. 33.

150. Se ha señalado que en Italia la doctrina de “interpretar conforme a la Constitución” subsiste todas las veces en las cuales se presente una posibilidad, aunque sea remota, de leer el texto en modo constitucionalmente orientado, D’ATENA, A., “Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenza interpretativa della Corte Costituzionale”, *Relazione conclusiva al Seminario “Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici”, Corte costituzionale – Palazzo della Consulta, Roma, 6-11-2009*, disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/>

cia –no solo las Cortes Constitucionales sino incluso los jueces del derecho ordinario– realizaron una “relectura” de los textos, interpretándolos no tanto a través de lo que dicen, sino a la luz de los principios constitucionales, por lo que “la tarea del juez termina solo cuando el resultado del proceso interpretativo aparece en sintonía con los principios del derecho constitucional”<sup>151</sup>.

Según R. Guastini, la sobreinterpretación de la Constitución presupone su fuerza vinculante y corresponde a un enfoque interpretativo inclinado por la interpretación extensiva, de tal manera que resulta extraer de ella “innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política”<sup>152</sup>.

También se adopta esta vía de constitucionalización en el proyecto de reforma que analizamos ya que explícitamente en los Fundamentos se menciona “la necesidad de procurar interpretar la ley conforme a la Constitución”<sup>153</sup>.

En este sentido el Dr. Ricardo Lorenzetti ha señalado que cuando la Constitución se constituye como fuente indirecta incluso puede modificar el espíritu informador del derecho y cambiar los principios

---

convegni\_seminari/06\_11\_09\_DAtena.pdf, pág. 13 (la traducción del párrafo citado es nuestra).

151. GIULIANI, A. y otros, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, Giappichelli, 1996, pág. 179. “Esta nueva visión implica que el intérprete, fundamentalmente el juez, de alguna manera, comienza a valorar con menor peso el método gramatical, o incluso el histórico, para apoyarse en el sistemático, pero entendiendo que el sistema remonta a la norma fundamental; en este camino ascendente, debe advertir que la Constitución siempre incorpora ‘determinadas opciones políticas y sociales profundas’”, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. D., “La democracia y el lugar de la ley”, en *El derecho, la ley y el juez*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 48. Cf. para el derecho italiano RUOTOLO, M., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista Giurisprudenza costituzionale*, en PACE, A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista Giurisprudenza costituzionale per il cinquantésimo anniversario*, Milano, 2006.

152. GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 54.

153. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 14.

generales, convirtiéndose el resto del derecho en “derecho constitucional aplicado”, citando como ejemplo su voto en la “Causa Simón”, 2005, donde “la fuente para calificar a los delitos de lesa humanidad fue el Artículo 31 de la Constitución Nacional, norma fundamental para el reconocimiento del Estado de Derecho”<sup>154</sup>.

Se ha denominado a esta vía como “constitucionalización-transformación”<sup>155</sup>, que consiste en una constitucionalización de los derechos y libertades que lleva a una impregnación de las distintas ramas del derecho así como a una transformación de éstas. Hay transformación en la medida en que la Constitución produce o provoca un cambio en el contenido del derecho, hablándose desde la década del setenta en Europa de derecho constitucional social, de derecho constitucional penal, de derecho constitucional civil, etc.<sup>156</sup>.

Por otro lado, igualmente se aplica esta vía cuando el intérprete se encuentra con cláusulas generales o abiertas en la descripción de los supuestos de hecho de las normas. Son los llamados conceptos jurídicos indeterminados como “buenas costumbres”, “orden público”, “moral”, “buena fe”, etc. Todas ellas pueden concretarse o llenarse de contenido haciendo uso de los preceptos constitucionales<sup>157</sup>.

También los Fundamentos del proyecto expresamente habilitan esta vía de constitucionalización al establecer que “deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los prin-

154. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, ob. cit., pág. 85.

155. Cf. FAVOREU, J. L., “La constitucionalización del derecho”, ob. cit., pág. 40.

156. “Eso es perfectamente descrito por Michel Fromont al expresar: ‘[...] La teoría de los derechos fundamentales tiene vocación para ejercer una influencia profunda sobre el conjunto del derecho alemán, sea por la deducción de nuevas reglas de derecho, sea por anulación de las disposiciones contrarias, sea incluso por la interpretación de las reglas existentes en un sentido conforme a la Constitución’”, ibíd., pág. 40.

157. Cf. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., pág. 8.

cipios y valores<sup>158</sup>, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico<sup>159</sup>.

En este sentido, volvemos a Corral Talciani, quien ha señalado que “también es posible sostener que cuando el juez debe hacer uso de los principios generales del derecho para interpretar o integrar el orden legal, ha de preferir aquellos que poseen consagración constitucional”, agregando más adelante que “en una perspectiva más novedosa es factible propiciar un recurso a los valores y principios constitucionales a la hora de la interpretación de los contratos y convenciones entre particulares, sobre todo respecto de aquellos que imponen exigencias que podrían lesionar la dignidad o los derechos fundamentales de los contratantes o de la parte más débil de la negociación”.

Consideramos que esta vía de constitucionalización se viene realizando en nuestro país a través de la jurisprudencia. De este modo, ha señalado Kemelmajer de Carlucci que se han ido leyendo las normas del derecho civil a través de la mirada constitucional en importantes áreas del derecho civil tales como la noción de daño<sup>160</sup>, los montos de

158. Una de las características del neoconstitucionalismo consiste en la consideración de la Constitución como un orden objetivo de valores tal como lo había manifestado el Tribunal Federal Alemán, por lo que se ha señalado que “lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del derecho. De hecho, en la actualidad, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, ya sea próxima o remota en el texto constitucional. Y, en la medida en que la Constitución se ha proyectado sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuyendo a configurar el orden social en su conjunto, las relaciones entre legislación y jurisdicción se han modificado sustancialmente: el juicio de validez de la ley depende ahora de un *juicio de conformidad con la Constitución*”, CRUZ, L. M., “La Constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo”, en *Dikaion*, Vol. 23, N° 18, Universidad de La Sabana, diciembre 2008, págs. 11-31.

159. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 15.

160. “En el año 1997, la Corte Federal sostuvo que hay que indemnizar el valor económico que implica la muerte del ama de casa. Dicho en otros términos, no se puede afirmar, sin arbitrariedad constitucional, que como regla el trabajo del ama de casa no tiene ningún valor patrimonial. ¿De dónde surge que sí tiene valor? ¿De los textos legales? ¿Del Código Civil? ¡No! La afirmación tiene base en los principios constitucionales: el principio de igualdad, el derecho a la vida familiar, etc.”, KEMELMAJER

la condena<sup>161</sup> o la responsabilidad profesional a la luz de las garantías constitucionales<sup>162</sup>.

La vía hermenéutica tiene, sin embargo, una versión más profunda y radical, que pasa por un cambio en la perspectiva metodológica y en la comprensión del derecho privado. Según Corral Talciani, “éste ya no puede ser entendido como un conjunto de reglas técnicas y asepticas que sirven para distribuir los bienes entre los particulares sin que existan opciones valóricas o morales subyacentes. El derecho civil pasa a ser comprendido en todas sus normas o instituciones como un conjunto de pautas, criterios y preceptos que asumen como propios los valores y principios del orden constitucional”<sup>163</sup>.

Según Carlos Martínez de Aguirre, no basta con enmarcar las instituciones civiles en la Constitución ni tampoco con una simple relectura de las mismas en el prisma de la Constitución, sino que es preciso lograr que las normas civiles sean instrumentos de actuación de los principios constitucionales, “es decir, que la Constitución y sus principios no deben influir en el derecho civil, ‘desde fuera’ a la manera en que es externa la luz al libro cuya ‘relectura’ se pretende, sino que debe penetrar en el interior mismo del sistema, y desde ahí vitalizar enteramente el derecho civil, constituyéndose en la fuerza interna inspiradora de la aplicación e interpretación de las normas civiles”<sup>164</sup>.

---

DE CARLUCCI, A., “Daños y Constitución Nacional”, Ponencia presentada en las Jornadas “Homenaje al 150° Aniversario de la Constitución Nacional”, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 14 de agosto de 2003, disponible en <http://www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos/>, págs. 8-9.

161. En este sentido se ha repudiado tanto las indemnizaciones bajísimas como las “súper altas” por ser violatorias del derecho de propiedad constitucional, *ibíd.*, pág. 9.

162. “Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad profesional, varios votos del juez Fayt dicen que los médicos deben tener especial cuidado, porque tienen en sus manos un valor fundamental del ser humano, constitucionalmente amparado, que es la salud”, *ibíd.*, pág. 8.

163. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, *ob. cit.*, pág. 8.

164. Cf. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 85.



Por su parte, hace ver Pietro Pierlingieri que la “relectura” en clave constitucional no expresa una mera y subsidiaria actividad interpretativa de normas y principios de naturaleza ordinaria ni se agota en la interpretación constitucional del objeto “norma”. En tal evento, solo se recurriría a la Constitución en los casos dudosos. Por el contrario, “las normas constitucionales –que dictan principios de relevancia general– son de derecho sustancial, no meramente interpretativas; el recurso a ellas, también en sede de interpretación, se justifica, lo mismo que para cualquier otra norma, como expresión de un valor al cual la interpretación no se puede sustraer”<sup>165</sup>.

### 3.3. La vía de la aplicación directa de la Constitución

A la influencia directa de la Constitución en el derecho privado incluso se la ha denominado “derecho civil constitucional”<sup>166</sup>, entendido como un “sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la Constitución, relativos a la *protección de la persona en sí misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial*, en el orden de sus relaciones jurídico-privadas generales, y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles, que tienen por finalidad fijar las bases más comunes y abstractas de la regulación de tales relaciones y materias, a las que son susceptibles de aplicación inmediata o pueden servir de margen de referencia de la vigencia, validez e interpretación de la normativa aplicable o de pauta para su desarrollo”<sup>167</sup>.

En el mismo sentido, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci se ha referido a esta cuestión explicando que el “marco constitucional des-

165. PIERLINGIERI, P., “Normas constitucionales y relaciones de derecho civil”, en *Scuole, tendenze e metode. Problemi di diritto civile*, Roma, Edizione Scientifiche Italiane, 1989, pág. 122.

166. La expresión “derecho civil constitucional” ha sido utilizada por Francesco Galgano en Bolonia y Joaquín Arce y Flores-Valdés en España, cf. RIVERA, J., “El derecho privado constitucional”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, pág. 27 y SAUX, E. J., *Estudios de derecho civil en su parte general*, Santa Fe, Centro de Publicaciones UNL, 2002.

167. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial*, ob. cit., pág. 85.

ciende al derecho privado”<sup>168</sup>, por lo que ha surgido un vínculo de conexión entre el “derecho de daños” y la Constitución Nacional<sup>169</sup>. De este modo, considera que la Constitución se ha ido ampliando “a las relaciones horizontales, a aquellas que se trazan de particular a particular”. Así, expresa, “comenzamos a hablar de los efectos horizontales de las garantías constitucionales”<sup>170</sup>.

¿Cuáles serían, entonces, los ámbitos del derecho privado que se constitucionalizarían? Serían, por ejemplo, el derecho de los consumidores; la apertura de la vía del amparo no solo contra los actos de gobierno, sino también contra actos de los particulares; y el recurso extraordinario que debe permitir la entrada de cuestiones que antes no ingresaban por no ser federales<sup>171</sup>.

168. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Daños y Constitución Nacional”, ob. cit., pág. 6.

169. A. Kemelmajer de Carlucci se pregunta ¿qué vínculos pueden existir entre el Código Civil y la Constitución Nacional?, y para responder realiza un análisis sobre la visión decimonónica explicando: “[...] en una visión muy tradicional, ambos ordenamientos se miraban con ‘majestuosa indiferencia’. ¿Por qué lo digo? Porque parecía que el orden constitucional y el derecho civil no tenían ningún punto de contacto. El derecho constitucional, en su versión decimonónica, miraba solo las relaciones del hombre contra el Estado. El Estado era visto como el personaje que perturbaba al hombre en su individualidad. No lo protegía, sino que lo agredía. Por eso, las constituciones decimonónicas tradicionales se preocuparon en poner límites al Estado. En esta visión, la garantía constitucional básica, la más tradicional, es el hábeas corpus [...] El derecho civil tradicional, en cambio, fue el derecho de las relaciones entre los particulares [...] En apariencia, pues, eran dos órdenes que andaban por caminos paralelos, que nunca tenían por qué encontrarse”, *ibíd.*, págs. 1-2.

170. Nótese que esta expresión se remonta al caso “Lüth” en el que, como vimos en párrafos anteriores, la constitucionalización del derecho privado consistió en aplicar a las relaciones entre particulares los valores constitucionales. A. Kemelmajer de Carlucci considera que “el típico caso es el de derecho de los consumidores, que en nuestro país adquiere rango constitucional después de la reforma del año 1994. ¿Qué regula sustancialmente este derecho? La relación de consumo, o sea las relaciones consumidor-empresa. Dos particulares, pero de esos particulares, uno está adquiriendo poderes que se parecen a los públicos”, *ibíd.*, pág. 2.

171. Efectivamente, si decimos que esta materia está regida por el “derecho común” –por la ley–, la Corte Suprema Federal dirá que la cuestión está fuera de su competencia. Pero el litigante dirá: “[...] se trata de una ley pero se la ha interpretado

El Dr. Rodolfo Vigo ha señalado al respecto que “la Constitución Nacional se ha constituido en una fuente del derecho y la fuente encargada de controlar a las demás fuentes”<sup>172</sup>. Según Aldunate Lizana, “la fuerza vinculante de la Constitución implica que el texto constitucional es considerado, en el mismo plano que las demás fuentes escritas, como base para la construcción normativa”<sup>173</sup>.

Según R. Guastini deben darse cuatro requisitos además de la fuerza vinculante de la Constitución para que pueda hablarse de la constitucionalización del derecho: la sobreinterpretación de la Constitución (vía hermenéutica), la aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas<sup>174</sup>.

Para el Dr. Ricardo Lorenzetti el paradigma del Estado de Derecho Constitucional requiere la existencia de un límite tanto al poder político como al poder privado. Allí es donde inserta la vía que analizamos al expresar que “el límite al poder privado está dado por acciones concedidas a los ciudadanos de efecto horizontal”<sup>175</sup>. Cita al respecto numerosísimos ejemplos: “[...] en materia ambiental han surgido los principios de prevención y precaución que importan un límite cuando hay riesgo de los bienes ambientales; el hábeas data como tutela del dato privado; la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas en la contratación de consumo; el abuso del derecho y la buena fe en las relaciones privadas, etc.”<sup>176</sup>.

Precisamente esta orientación ha sido receptada en la reforma del Código que analizamos al colocar deliberadamente la buena fe y

---

o se la ha aplicado de un modo que vulnera los principios constitucionales, por lo tanto, ábrame la puerta del recurso extraordinario”, *ibíd.*, pág. 4.

172. VIGO, R., “Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar”, en LAFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 64.

173. ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 88.

174. GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pág. 54.

175. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial*, ob. cit., págs. 401-402.

176. *Ibíd.*, págs. 420-421.

el abuso del derecho como principios generales del capítulo dedicado al “Ejercicio de los derechos”<sup>177</sup>. En los fundamentos se aclara que este título referido al ejercicio de los derechos tiene por destinatario principal a los ciudadanos<sup>178</sup>. Además, a diferencia del proyecto de reforma de 1998, se decide colocarlos en el Título Preliminar para suministrar pautas generales para el ejercicio de los derechos “que tienen una importancia fundamental para dar una orientación a todo el Código”<sup>179</sup>.

Como hemos visto en puntos anteriores, este efecto inmediato en las relaciones particulares de los derechos fundamentales tuvo su origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y la doctrina que le sirvió de inspiración, según la cual los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas entre particulares de modo directo, vinculación que implicaría la obligación de los jueces ordinarios de aplicar directamente los derechos fundamentales en la resolución de los casos<sup>180</sup>.

Esta postura de la doctrina alemana sostiene que los derechos fundamentales no son meras normas de interpretación sino de regulación social y que, en cuanto valores, corresponde una protección universal o en toda dirección. Como consecuencia de ello, los derechos fundamentales modificarían las normas de derecho privado existentes y, a su vez, crean normas nuevas.

177. Cf. Arts. 9º, 10 y 11 del Proyecto de reforma del CC.

178. Esta distinción ha sido criticada por el Dr. Rodolfo Vigo como “demasiado forzada y poco realista [...] en definitiva los jueces deben guiarse por el modo que pretende la ley para el ejercicio de los derechos, más aún, todo el derecho se dirige a ciudadanos y autoridades (incluidos los jueces)”, VIGO, R., “Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar”, ob. cit., pág. 66.

179. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, págs. 19-20.

180. Cf. MENDOZA ESCALANTE, M., “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, Universidad Complutense de Madrid, 2010, disponible en [www.consultoriaconstitucional.com](http://www.consultoriaconstitucional.com).

#### 4. CRÍTICAS A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

##### 4.1. Interpretación insegura: la Constitución versus ley de derecho privado

Según Kemelmajer de Carlucci, “la constitucionalización del derecho privado puede generar inseguridad. El riesgo se corre por el modo de interpretación. La interpretación de la Constitución asienta sobre bases más flexibles que la interpretación de las leyes. Las leyes son más casuistas y, por ello, tienen otro lenguaje. Por lo tanto [...] todo depende de los jueces que aplicamos las leyes y de los abogados que plantean los pleitos”<sup>181</sup>.

Según Corral Talciani, por querer afirmar la supremacía constitucional podemos correr el riesgo de incurrir en el extremo de lo que podemos llamar “autarquía constitucional”<sup>182</sup>. Dicho riesgo se está dando a través de la fabricación *ad casum* de lagunas legales, que una vez construidas por el intérprete le dejan abierta la vía para propiciar una aplicación directa *secundum legem*, es decir, a falta de ley que regule la materia.

En el mismo sentido, Ernst Forsthoff –pionero de la visión crítica del neoconstitucionalismo en Alemania– había destacado que la norma constitucional no se puede interpretar como otra ley, por lo que rechazaba, cuando una interpretación textual y del significado del texto no sea evidente, deducir, a partir de un conjunto de normas, una “imagen del hombre” a la que se le dé relevancia para la interpretación de la Constitución<sup>183</sup>. Luego señalaba como principales consecuencias: la pérdida de las normas constitucionales en raciona-

181. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Daños y Constitución Nacional”, ob. cit., pág. 11.

182. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., págs. 9-10.

183. Cf. BRAGE CAMAZANO, J., “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la Segunda Posguerra”, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pág. 6, disponible en [www.uned.es](http://www.uned.es).

lidad, en evidencia; la destrucción de la lógica jurídica y su refinada interpretación<sup>184</sup>.

Respecto al texto constitucional entendido en la categoría de “principios” frente a las normas legales, S. Pozzolo ha puesto de manifiesto que se encuentra expresado “en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción”<sup>185</sup>. Además, al afirmarse la superioridad de la Constitución respecto de la ley, se produce una “materialización” o “sustancialización” de la Constitución<sup>186</sup>, que significaría un contenido sustancial condicionante de las normas subconstitucionales. “La ley, pues, cede el paso a la Constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales”<sup>187</sup>.

Por otro lado, y en relación con esta cuestión, se ha señalado que los jueces de derecho civil, al resolver una controversia donde se dilucida si se han lesionado los derechos de la personalidad como la intimidad, el honor, la buena reputación, la integridad personal o el derecho de propiedad, “están realizando una función de jueces constitucionales porque resuelven controversias sobre derechos fundamentales”<sup>188</sup>. Recordemos que, por el contrario, cuando el Tribunal Federal Alemán en el “Caso Lüth” aplicó la Ley Fundamental de Bonn a una relación de derecho privado regida por el Código Civil aclaró que el juez civil

184. Agregó además que no es una interpretación jurídica porque contiene hipostatizaciones extrañas a las normas a interpretar y porque los derechos fundamentales no forman ningún sistema. Cf. *ibíd.*, pág. 8.

185. POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *ob. cit.*, pág. 340.

186. Cf. LA TORRE, M., “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 16, Madrid, 1993, pág. 85.

187. POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *ob. cit.*, pág. 341.

188. MENDOZA ESCALANTE, M., “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *ob. cit.*, pág. 23. El mismo autor indica que “desde que la Constitución es fuente de derecho, todos los jueces se convierten, desde esta perspectiva, en jueces, constitucionales”, *ibíd.*, pág. 23, nota 80.

estaba aplicando la Carta Magna como parte integrante del mismo derecho privado<sup>189</sup>.

Analizando esta cuestión, el Dr. García Amado ha señalado que parecería que estamos asistiendo a una especie de “canonización de las normas constitucionales”<sup>190</sup>, incluyendo en sí cierta paradoja: mientras la Constitución se enarbola a la manera de un dogma religioso, su interpretación y concreción debe pasar por el tamiz judicial, quien se convierte en el nuevo “oráculo” de las sociedades modernas.

Por eso también se ha señalado que el efecto horizontal de los derechos fundamentales implicaría una potencial disolución de las tradiciones argumentativas y construcciones dogmáticas propias de los ordenamientos infraconstitucionales, generando al mismo tiempo un aumento desorbitado de las potestades de los jueces al poder prescindir de dichas construcciones en los casos concretos y poder aplicar aquellos estándares normativos ambiguos e indeterminados que suponen los derechos fundamentales, por lo que “la destrucción de esas tradiciones libera así al juez haciendo más incierto el mérito de los razonamientos judiciales y el texto de las leyes”<sup>191</sup>.

Además a ello debe sumarse que quienes defienden la horizontalidad no solo entienden que los derechos fundamentales pueden hacerse valer en la dimensión ciudadano/ciudadano, sino también pueden ejercerse con prescindencia de las disposiciones de carácter legal. En este sentido, tras la teoría del efecto horizontal existe la pretensión de que “un particular puede oponer a otro particular directamente un derecho fundamental, sin necesidad de un acto del legislador o alguna otra mediación o cualificación”<sup>192</sup> o de que “los derechos fun-

189. Cf. pág. 22.

190. Cf. GARCÍA AMADO, J. A., “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en MANTILLA ESPINOSA, F. (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pág. 343 y sigs.

191. CORREA, R., “En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos fundamentales”, Ponencia presentada el 13 de enero de 2004 al VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional, en Santiago de Chile.

192. JANA, A., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Buenos Aires, Del Puerto, 2003, pág. 59.



damentales habrían de tener un efecto absoluto”<sup>193</sup>. Es esto, sin duda, lo verdaderamente problemático tras la tesis de la horizontalidad y es esto lo que, en definitiva, produciría un aumento considerable de inseguridad jurídica.

#### *4.2. Textura abierta de los derechos fundamentales como valores*

En relación con la crítica anterior, surge una nueva cuestión. Según Sierra Gutiérrez las primeras tensiones que surgen en torno a la constitucionalización del derecho provienen del enfrentamiento entre las altas cortes, producto de la interpretación del derecho privado desde la invasión del sistema jurídico constitucional de principios y valores frente a las reglas, lo que conllevará a decisiones controversiales y quizá contradictorias porque si bien la regla del neoconstitucionalismo del derecho privado supone una forma distinta de interpretar el derecho, “esa puede ser antagónica si se compara con los métodos tradicionales de la interpretación de la ley”<sup>194</sup>.

Esta consecuencia está directamente relacionada con la consideración de los derechos fundamentales como valores. En tal sentido se ha señalado que “lo notable de esta faceta del neoconstitucionalismo es que tal calificación –la de los derechos fundamentales como valores– no suele, salvo excepciones, ir acompañada de una discusión o al menos de una toma de posición respecto de qué es lo que se entiende por ‘valor’, como si no se tratase de uno de los términos de sentido

193. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 470. Adicionalmente, y en el mismo sentido, Alexy señala que Nipperdey, uno de los principales representantes de la teoría del efecto directo, concibe a este último como un “efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes –sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas– o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación”.

194. SIERRA GUTIÉRREZ, A., “Panorama actual de la constitucionalización del derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas”, en *Justicia Juris*, Vol. 7, N° 1, enero-junio 2011, pág. 126.

más elusivo en las ciencias humanas y sociales. Quizás lo más destacable, en este punto, del neoconstitucionalismo, no sea la afirmación (trivial en un sentido, altamente compleja desde un punto de vista lógico en otro) de que los derechos fundamentales son valores, o constituyen valores (o cualesquiera otras expresiones similares), sino la ausencia del intento por precisar en qué consiste este predicado, o de justificar un sentido para el mismo<sup>195</sup>.

Sin duda, uno de los cambios fundamentales introducidos por el “Caso Lüth” ha sido la consideración de la Constitución como un orden objetivo de valores, lo cual traducido o aplicado a las decisiones de las controversias del derecho privado, significa que la doctrina ha considerado que se ha producido una “moralización” del derecho”.

Se ha señalado que “la moralización que se aprecia al interior del sistema constitucional se repetiría también en el resto del sistema jurídico, pudiendo los jueces de instancia prescindir de los dictados del legislador invocando valores y principios superiores del ordenamiento a efectos de resolver todo tipo de conflictos jurídicos<sup>196</sup>”.

La jurista S. Pozzolo ha sido una de las primeras en señalar esta cuestión advirtiendo que la conexión entre derecho y moral se verifica tanto en el plano interpretativo, cuando el juez debe atribuir significado a los valores morales subyacentes; como a nivel justificativo, cuando el operador jurídico fundamenta la decisión judicial en argumentos morales<sup>197</sup>.

195. ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 90. Sobre la problemática filosófica de la noción de “valores” ver el exhaustivo análisis de todas las posturas en DÍAZ REVORIO, J., “Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 102, Madrid, octubre-diciembre 1998, págs. 129-159.

196. LEIVA FADIC, F., “El Estado Constitucional y los derechos fundamentales como valores”, en <http://congresoconstitucional.cl/>, pág. 37.

197. POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, ob. cit., pág. 343. En otra parte ha señalado que “se habría equivocado un iuspositivismo que afirmara que el jurista-juez puede *conocer* el derecho, o bien ‘individualizar el *contenido* del derecho’, sin recurrir a argumentos extra-jurídicos (es decir, sobre la única base de la interpretación textual)”, POZZOLO, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pág. 205. Por su parte, Bayón ha señalado que “dado que los preceptos constitucio-

El problema no residiría tanto en la estricta cuestión de la relación entre derecho y moral, cuestión que se remonta a los orígenes del derecho en la cultura grecorromana, sino más bien en la noción ambigua de “valores” con la irrupción del neoconstitucionalismo.

Por ejemplo, según R. Lorenzetti, “el valor expresa un juicio comparativo cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia”<sup>198</sup>, luego que los valores no se fundan en el derecho natural ya que el fundamento del ordenamiento es la regla de reconocimiento y son utilizados con una finalidad crítica y orientadora de la producción jurídica, indicando sus fines fundamentales.

Según Zagrebelsky las Constituciones actuales se basan en la coexistencia de valores y principios no absolutos para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y no hacerse incompatibles con su base material pluralista, por lo que “solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)”<sup>199</sup>.

Respecto a los valores y principios que el proyecto de reforma considera relevantes encontramos<sup>200</sup>: la defensa de un “Código con identidad latinoamericana”<sup>201</sup>; la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales; los derechos de incidencia colectiva; la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores y de los bienes ambientales; la igualdad real –por contraposición a una igualdad abstracta– concebi-

---

nales que declaran derechos básicos están ordinariamente formulados en términos considerablemente vagos y abstractos, su aplicación hace estrictamente inevitable una ‘lectura moral’ de los mismos”, BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia y Constitución”, en *ibíd.*, pág. 215.

198. LORENZETTI, R. L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, ob. cit., pág. 146.

199. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, ob. cit., pág. 14.

200. Cf. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 10 y sigs.

201. Al respecto se ha señalado que “esta tarea de compatibilización (de las tradiciones románica, hispánica, francesa y la cultura latinoamericana) no es fácil, dada las diferencias culturales y jurídicas de las distintas tradiciones”, HERRERA, D., “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil...”, ob. cit., págs. 42-43.

da como una “una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”<sup>202</sup>; el paradigma no discriminatorio y la defensa de una sociedad multicultural<sup>203</sup>; entre otros.

Por otro lado, también se ha señalado que esta concepción axiológica de la Constitución incide sobre las mismas fuentes del derecho ya que la vigencia de las mismas, enfocada desde el punto de vista de su producción conforme a los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico y dentro de éste, del orden constitucional, “queda ahora supeditada o al menos indisolublemente unida a la cuestión de la validez de dichas fuentes a la luz de los principios (morales) contenidos en la fuente superior que, por su primacía, condiciona en esta dimensión de validez también la dimensión de vigencia de las demás fuentes”<sup>204</sup>.

#### ***4.3. Los derechos fundamentales frente a la autonomía de la voluntad***

Otra crítica ha señalado que “producto del efecto horizontal de los derechos fundamentales se introduce una limitación indebida en la autonomía privada por cuanto la Constitución, en vez de limitarse a proteger los derechos fundamentales frente al Estado, impone a los ciudadanos la obligación de respetar los derechos de los demás”<sup>205</sup>.

202. “Esta preferencia por lo que el proyecto hoy llama igualdad real ya fue realizada por la reforma de 1968 al incorporar instituciones como el abuso del derecho, la lesión subjetiva-objetiva y la teoría de la imprevisión, al mismo tiempo que le dio a los jueces mayores potestades para morigerar las desigualdades a través de un reajuste equitativo de las relaciones jurídicas, tanto contractuales como extracontractuales”, HERRERA, D., “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil...”, ob. cit., pág. 46.

203. La expresa mención al “multiculturalismo” como valor defendido en el proyecto nos permite deducir que la concepción filosófica sobre los valores y principios constitucionales será la del subjetivismo plasmado en el consenso. Sobre esta teoría ver DÍAZ DE REVORIO, J., “Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 12, Madrid, oct.-dic. 1998, págs. 129-159.

204. ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 92.

205. Cf. FERRERES, V., “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA 2001), Buenos Aires, Del Puerto, 2003, págs. 41-52.

Aún para aquella doctrina que concuerda con los efectos horizontales de los derechos fundamentales señala que “las dificultades surgen cuando nos encontramos con la existencia de relaciones entre particulares sometidas al principio de autonomía de la voluntad, dado que con base en dicho principio podría renunciarse al ejercicio o a la protección de algún derecho fundamental”<sup>206</sup>.

Surge así la pregunta sobre si resulta admisible en este tipo de situaciones la renuncia al ejercicio o a la protección que depara algún derecho fundamental<sup>207</sup>. Se presenta aquí nuevamente la cuestión sobre el estatus del derecho privado frente a un derecho público que parecería intenta absorberlo.

Respecto a esta cuestión, la doctrina ha puesto determinados requisitos para que la irradiación de los derechos fundamentales no lesione la autonomía de la voluntad sobre la que se asientan varias instituciones del derecho privado. Así, Pietro Sanchís considera que estos casos requieren un análisis casuístico, y que corresponde “al juez ponderar los intereses en conflicto, pero, desde luego, sin excluir a priori la eficacia de las libertades en las relaciones entre particulares”<sup>208</sup>, y en sentido similar Bilbao Ubillos señala que en cada caso habrá que indagar la solución ponderando los intereses en juego. De ahí que afirme

206. Cf. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 207-209 y BILBAO UBILLOS, J. M., “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 1997, págs. 360-382.

207. Los que justifican esta irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado consideran que “estos poderes que se gestan en el estado de naturaleza –los consorcios, asociaciones de profesionales, grandes empresas–, que incluso llegan a ser más fuertes que los propios Estados, como por ejemplo las transnacionales, deben ser controlados, tornándose necesaria la constitucionalización del derecho privado que implica poner freno al poder que detentan los particulares y entrar a controlar y vigilar ciertos espacios de la vida privada que antes eran intocables; el concepto de lo privado y, por ende, de lo intocable ha ido variando conforme a las luchas históricas producidas en la sociedad, cuyos resultados se han ido expresando mediante leyes, cf. FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pág. 299.

208. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 215.

que el problema del alcance concreto de esa eficacia “es una cuestión de ponderación”<sup>209</sup>.

Este autor presenta dos criterios que a su juicio debe seguir el juez en la tarea de resolver los conflictos que se pueden dar en las relaciones entre particulares. El primero consiste en proteger con más intensidad el derecho fundamental de la parte más débil, cuando en una relación entre particulares se observe la supremacía de una parte sobre la otra. Sería el caso, por ejemplo, de la relación entre empresario y trabajador. El segundo criterio pasa por considerar que la eficacia vinculante de un derecho fundamental será más intensa cuando se halle en juego la dignidad humana.

Se introduce así un importante matiz al señalar que “los conflictos entre particulares deberán resolverse siempre procurando preservar el núcleo esencial de los derechos e intereses en juego (y del derecho fundamental, en primer lugar)”<sup>210</sup>. Dicho en otros términos, si el legislador, al regular el ejercicio de los derechos y libertades, está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, también el juez, cuando resuelve conflictos entre particulares, efectúa ponderaciones, y en ellas debe velar por mantener intangible el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Pues bien, dado que este autor admite que la ponderación entre el derecho fundamental y los otros intereses en juego no siempre se saldará con el triunfo del derecho fundamental, cabe deducir que entiende que respetar el contenido esencial de un derecho fundamental significa exigir una justificación constitucionalmente aceptable de aquellas medidas que restrinjan su ejercicio.

Consideramos que esta crítica obedece a una concepción jurídica determinada: la que concibe al derecho como “mera potestad subjetiva” y que por lo tanto las relaciones jurídicas son leídas como “conflictos de intereses individuales”<sup>211</sup>. Corresponde entonces preguntar-

209. BILBAO UBILLOS, J. M., “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *ob. cit.*, pág. 378.

210. *Ibíd.*, pág. 367.

211. Esta corriente subjetivista ha sido caracterizada como una “reacción individualista que da primacía a los deseos sobre los derechos –deseo tal cosa y por eso

nos si la irradiación de los derechos fundamentales sobre el derecho privado previsto en el proyecto de reforma corrige esta concepción jurídica. En tal sentido, el Dr. Gabriel Limodio ha señalado que “se ahonda en una visión muy particular de los derechos personalísimos, que no hacen sino recuperar un fuerte individualismo, propio de las declaraciones de derechos inmediatos a la Revolución Francesa [...] Esto puede leerse en la aceptación de un pluralismo como hecho, que pareciera sostener que la trama social está constituida por una gran cantidad de grupos en conflicto, los cuales se van resolviendo sin pretender que exista algún tipo de valores respecto de los cuales no se puede disponer”<sup>212</sup>.

De allí que también se ha señalado que “los efectos en las relaciones particulares de los derechos fundamentales se enmarcan en una nueva forma de comprender los derechos fundamentales caracterizada por rechazar precisamente la tesis que se pretende hacer valer mediante el recurso a la historia, a saber: el antagonismo entre lo individual y lo colectivo que condujo a ver los derechos individuales como esfera de libertad frente al poder y que se tradujo en el sometimiento de los derechos a la ley”<sup>213</sup>.

#### ***4.4. Preponderancia del rol del Poder Judicial en el Estado de Derecho***

Respecto a la interpretación “conforme a la Constitución”, Aldunate Lizana ha realizado el siguiente reparo: “[...] la interpretación conforme a la Constitución admite dos variantes, una de ellas exenta de críticas y la otra altamente cuestionable. La primera variante opera en el nivel de aplicación operativa de la ley; no hay objeciones a invo-

---

tengo derecho a ello-, sin importar si hay una norma habilitante o si simplemente se trata de un acto de mi caprichosa voluntad”, PUNTE, R., “Observaciones a la propuesta reforma unificatoria de los Códigos Civil y Comercial”, ob. cit.

212. LIMODIO, G., “Luces y sombras...”, ob. cit., pág. 59.

213. DE DOMINGO PÉREZ, T., “El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 1, N° 1, Universidad Miguel Hernández, julio 2006, págs. 291-301.



lucrar a la Constitución como elemento de interpretación de la ley de forma tal de conducir el proceso interpretativo al resultado conforme con la Constitución. Un uso diferente de la noción de interpretación conforme a la Constitución es aquel que emplea el órgano de jurisdicción constitucional cuando agrega, a la declaración de constitucionalidad de un precepto de ley, o proyecto de ley controlado, su declaración respecto del sentido en que debe ser interpretado: dicho de otro modo, usa el argumento de 'la interpretación conforme' para asumir una labor colegislativa (positiva) al generar, junto al de la ley, un texto de función normativa equivalente (la respectiva declaración aditiva de 'interpretación conforme')<sup>214</sup>.

También se ha señalado<sup>215</sup> que al asumir la ley contenidos éticos, morales o religiosos, y no poder así aplicarse conclusiones silogísticas, la ley constitucional pierde su forma típica del Estado de Derecho: se llega así a un *Estado de Justicia* que disuelve a la Constitución en la casuística que se elabora libre de control y lleva a un alejamiento del vínculo formal a la ley constitucional, a la que se concibe como algo "abierto", fijándose su contenido caso por caso por el Tribunal Constitucional en su desarrollo evolutivo; el Tribunal supera así ampliamente los límites constitucionales de un Tribunal transformándose en un órgano supremo que toma parte activa en la integración estatal defendiendo su posición propia. Se abandona un Estado de Derecho en pro de un Estado de Justicia, donde la sociedad está regida por valores o por valoraciones subjetivas de los jueces constitucionales con la consiguiente pérdida de racionalidad y previsibilidad.

Según García Amado, "a mayor indeterminación lingüística de los enunciados constitucionales y mayor presencia de sistemas morales concurrentes en la sociedad pluralista para rellenarlos de contenido, mayor discrecionalidad de sus intérpretes y aplicadores; y cuando esas normas, así enunciadas, se aplican directamente, sin mediación

214. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", ob. cit., pág. 89.

215. BRAGE CAMAZANO, J., "La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la Segunda Posguerra", ob. cit., pág. 10.

legal, también mayor discrecionalidad de sus aplicadores a efectos de configurar y precisar sus concretos contenidos<sup>216</sup>.

#### *4.5. Las dificultades del método de ponderación judicial*

Tal como hemos visto al analizar la sentencia “Lüth”, la vía para solucionar los conflictos entre derechos fundamentales o entre un derecho fundamental o principio constitucional y una ley de derecho privado sería el “método de ponderación judicial”<sup>217</sup>. A partir de allí la doctrina, principalmente a través de R. Alexy, ha analizado este método. Si bien esta cuestión excede nuestra investigación, conviene detenernos en la consideración sobre su real dimensión y las críticas que la misma doctrina ha realizado, ya que no es un método exente de cuestionamientos jurídicos.

Así, por ejemplo, para el Dr. R. Lorenzetti, “los conflictos entre los principios y valores son tratados mediante un análisis de la capacidad argumentativa de cada uno, que se denomina juicio de ponderación”<sup>218</sup>. Este método requiere, de antemano, negar cierta jerarquización entre los derechos, porque considera que “la jerarquía como definición a priori de un orden conspira contra toda flexibilidad, contra la incorporación de nuevos derechos”<sup>219</sup>. Por lo tanto, si no hay jerarquización previa de los derechos hay competencia entre ellos y de allí la necesidad de la ponderación<sup>220</sup>.

¿Cómo se aplica la ponderación? Enuncia los siguientes pasos lógicos: en primer lugar, identificar un campo de tensión, constatar una situación de conflicto entre principios contrapuestos, se satisface un principio pero se lesiona otro, por ejemplo: identificar si en un caso la protección de la persona colisiona con la libertad de información; en

216. GARCÍAAMADO, J. A., “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, ob. cit., pág. 346.

217. Ver párrafo textual de la sentencia en pág. 24.

218. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, ob. cit., pág. 255.

219. *Ibíd.*, pág. 257.

220. *Ibíd.*, pág. 257.

segundo lugar, se debe buscar la alternativa más económica que consiste en encontrar una solución que cumpla un principio sin lesionar a otro, por lo que hay que optar por esta posibilidad; en tercer lugar, aplicación de la ponderación cuando se presentan casos de principios competitivos, el juez debe considerar cuál es el punto óptimo de equilibrio entre lo que se da a unos y se saca a otros, y cómo ponderar los valores en juego<sup>221</sup>.

Sin embargo, la doctrina ha puesto en tela de juicio este método como vía para la solución de casos concretos en que se presenta colisión de principios o valores porque desde el punto de vista de la estructura lógica que propone, el método de ponderación “deja al operador jurídico justo allí donde se plantea el problema: cómo justificar normativamente la preferencia por uno u otro principio, el mayor peso relativo que se otorga a uno u otro valor en un caso concreto. Si los valores que se sostienen presentes en el documento constitucional cumplen su función normativa al ser involucrados como tales en el juicio de ponderación, las razones en virtud de las cuales opera la preferencia condicionada en la que consiste el juicio de ponderación son independientes de tales valores y, por tanto, se encuentran del todo desvinculadas de la fuente jurídica de la decisión. Las valoraciones adicionales requeridas por la operación, a saber, la decisión del peso a adjudicar a cada uno de los valores en juego, quedan entregadas al operador sin punto de apoyo o referencia jurídica (y habría que agregar: ni siquiera argumental)”<sup>222</sup>.

221. *Ibíd.*, págs. 259-259. En sentido similar Alexy ha explicado que “la ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro”, ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *ob. cit.*, pág. 9.

222. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *ob. cit.*, pág. 96.

J. Habermas ha considerado que el ponderar en el derecho constitucional conduce a varios problemas<sup>223</sup>. La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales, se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la “*primacía* estricta” que debería ser característica de los “puntos de vista normativos”. Junto a este peligro de ablandamiento de los derechos fundamentales se sigue el de los “juicios irracionales”. La ponderación suele realizarse de manera arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios. Por otro lado, considera que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad.

## 5. CONCLUSIONES GENERALES<sup>224</sup>

1. El proyecto de reforma del Código Civil y unificación con el Código Comercial comportará un paso significativo para la constitucionalización del derecho privado.
2. Se innova respecto al derecho comparado con la incorporación de la Constitución Nacional como fuente expresa del derecho privado, habilitándose la vía de su aplicación directa y constituyéndose como el principal norte para la interpretación del Código.

223. Cf. ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, ob. cit., págs. 6-7.

224. Coincidimos con la valoración realizada por el Dr. R. Punte al señalar que esta reforma en el cambio sustancial que comportará para el derecho argentino sería como “ver impávidos cómo se demuele un viejo edificio, con su parte bella y sus defectos, para ser reemplazado por un rascacielos vidriado. Este, reluciente, pronto se verá, sin embargo, sujeto a los avatares del uso y la vida, las dificultades del clima, los defectos estructurales y de diseño, y todas las dificultades que cualquier obra humana tiene”, PUNTE, R., “Observaciones a la propuesta reforma unificatoria de los Códigos Civil y Comercial”, ob. cit.

3. La complejidad del sistema de fuentes que estructura el proyecto otorgará un rol preponderante al Poder Judicial en la dilucidación de los casos concernientes al derecho privado argentino.
4. El proyecto no resuelve las principales críticas realizadas por la doctrina a la constitucionalización del derecho privado analizadas en el punto 4 de la investigación.
5. La constitucionalización del derecho privado que se pretende presenta algunas contradicciones en la ordenación de la parte especial, como por ejemplo en lo atinente a los derechos personalísimos cuando se omite toda protección al derecho a la vida.