

JORGE MOSSET ITURRASPE

DERECHO CIVIL  
CONSTITUCIONAL

**RUBINZAL - CULZONI EDITORES**

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires  
Salta 3464 – Tel. (0342) 455-5520 – S3000CMV Santa Fe

# ÍNDICE SUMARIO

INTRODUCCIÓN ..... 9

## CAPÍTULO I

### **LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. ARTÍCULO 499 DEL CÓDIGO CIVIL. CAUSA FUENTE DE DERECHOS Y DEBERES. INTRODUCCIÓN. NOCIÓN**

1. Evolución histórica. El Derecho Romano. El Código francés ..... 15

2. Comentarios al artículo 499. Clásicos y modernos..... 17

3. Derecho Comparado: España, Brasil,  
Perú, Colombia. La doctrina ..... 18

4. La doctrina actual sobre la causa fuente. La obligación  
constitucional. Los derechos humanos como derechos  
subjetivos. El “deudor” de los derechos humanos ..... 23

## CAPÍTULO II

### **LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y 1066 DEL CÓDIGO CIVIL Y CONCORDANTES**

..... 27

1. Las fuentes que tienen consenso. Civiles y constitucionales ..... 31

2. Las fuentes discutidas. La razón de ser del  
debate. Derechos humanos conflictivos ..... 34

3. Fuentes de derechos y fuentes de deberes. La intervención del Estado .....	37
4. Los usos y las costumbres. ¿Y los derechos humanos? .....	40
a) La actualidad del tema .....	41
b) ¿Es posible un enfoque de Derecho positivo puro? .....	42
c) Las connotaciones jusfilosóficas de la cuestión .....	43
d) Atributos de la ley .....	44
e) Atributos de la costumbre. Ventajas e inconvenientes .....	45
f) ¿Puede prescindirse de la costumbre? .....	49
5. Las reglas y principios del Derecho Comercial .....	51
6. El mercado y las fuentes. La <i>lex mercatoria</i> . La “globalización” .....	53
7. Empresa y Economía social. Empresa y Justicia. Las fuentes .....	57

### CAPÍTULO III

#### LAS “NORMAS” Y LOS “PRINCIPIOS” COMO FUENTES DE DERECHOS Y DEBERES

1. Ley y Derecho. La tesis reduccionista y la tesis amplia .....	61
2. Los “valores jurídicos”. Los valores como fuente. Los <i>standards</i> jurídicos .....	64
3. Los principios jurídicos y su rol como creadores de derechos y deberes .....	66
4. El Código Civil y el siglo XXI: ¿Reformar, cambiar o mantener? .....	68
a) El porqué de los cambios. Partidarios y enemigos de las reformas. El Derecho como saber impuro. Texto y contexto. Mutaciones con sentido ideológico o con sentido técnico .....	68
b) La ideología de la hora presente. La lógica del mercado. Dejar hacer y dejar pasar. ¿Recodificar a espaldas de la concepción económica predominante y globalizadora? .....	69
c) La experiencia del proyecto de 1987. Las bases negociales. La revisión del contrato por los jueces. La limitación de la “autonomía de la voluntad”. Lo libremente acordado es “necesariamente justo” .....	70

d) Un nuevo Código debe sentar las bases fundamentales de la sociedad civil y responder a una concepción política: democracia igualitaria, monarquía elitista o colonia empresaria .....	71
e) Orden público y moral social en un Código de la postmodernidad economicista. Mirando a Europa o a América. Normas perfectas o equitativas .....	72
5. Las fuentes de un Código. El Derecho latinoamericano .....	73

### CAPÍTULO IV

#### LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU ROL

1. Constitución y derechos .....	83
2. El constitucionalismo: el liberal y el social. Diferencias .....	87
3. Derechos y deberes en las constituciones latinoamericanas .....	88
a) Constituição da República Federativa do Brasil .....	88
b) Constitución de la República del Uruguay .....	102
c) Constitución de la República del Perú .....	102
d) Constitución política de Colombia: .....	103
e) Constitución de la República del Paraguay .....	104
4. Derechos y deberes en la Constitución de la Nación Argentina .....	104
5. Derechos y deberes en las constituciones provinciales .....	106
6. Los derechos individuales o personales y el interés general en la doctrina civilista .....	111
7. Los derechos de la personalidad en el Código Civil y en la Constitución .....	116

### CAPÍTULO V

#### LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO FUENTES. CONSTITUCIÓN Y TRATADOS

1. Historicidad del Derecho Privado. Los tratados .....	123
2. La privacidad del Derecho Privado .....	124
3. Criterios de distinción: Derecho Público y Derecho Privado .....	125

4. La “publicización” del Derecho Privado . . . . .	130
5. El jurista de cara a la sociedad . . . . .	131
6. El “sistema jurídico” . . . . .	131
7. Dos normas privilegiadas . . . . .	132
8. La “constitucionalización” del Derecho . . . . .	133
9. La efectividad o eficacia de los derechos . . . . .	134
10. El futuro jurídico: interpretación económica o solidarismo . . . . .	135
11. La sociedad que es, la que podría y la que debería ser . . . . .	136
12. Las relaciones entre el Derecho Civil y la Constitución. “El Derecho Civil Constitucional” . . . . .	136
13. El problema de la “centralidad” del sistema . . . . .	138
14. Codificación, descodificación y recodificación . . . . .	139
15. Lo público y lo privado: la difusa frontera . . . . .	141
16. La influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos . . . . .	141
17. Los derechos reconocidos en los tratados con jerarquía constitucional . . . . .	142

#### CAPÍTULO VI

#### PRINCIPIOS Y VALORES COMO FUENTES

Introducción . . . . .	149
1. La humanización del Derecho . . . . .	151
2. La dignidad de la persona . . . . .	153
3. La solidaridad social . . . . .	157
4. La seguridad jurídica . . . . .	160
5. La función social . . . . .	164
6. La buena fe . . . . .	167
7. Justicia y equidad como valores axiológicos y como metas del Derecho . . . . .	170
a) La noción de equidad . . . . .	172
b) El rechazo de la equidad por la concepción decimonónica . . . . .	177
c) Nuevas perspectivas sobre la equidad . . . . .	181
d) La equidad y su función de integración . . . . .	184

8. Consagración de la equidad en la Reforma de 1968 . . . . .	186
a) Apartamiento de las normas generales . . . . .	186
b) Por desprenderse de la aplicación estricta de la norma una notoria injusticia . . . . .	187
c) Fundando la decisión en las circunstancias del caso . . . . .	188
d) Apelación a las circunstancias sin explicitación o detalle . . . . .	188
e) Explicitación de algunas de las circunstancias que deben atenderse . . . . .	189
f) Circunstancias subjetivas . . . . .	191
g) Circunstancias objetivas . . . . .	193
9. La sentencia justa . . . . .	194

#### CAPÍTULO VII

#### EL HÁBEAS DATA. LEY 25.326. INTIMIDAD. HONOR. CONSTITUCIÓN Y HÁBEAS DATA

1. El hábeas data en el artículo 43, tercer párrafo, de la Constitución Nacional. Derechos y deberes desde la óptica del Derecho Público. El hábeas data en la ley 25.326. Derechos y deberes desde la óptica del Derecho Privado. Confidencialidad, reserva y actualización . . . . .	199
2. El derecho a la intimidad de las personas . . . . .	211
a) El porqué de la defensa de la intimidad . . . . .	211
b) Razones para la subestimación o el ataque al reconocimiento de este derecho . . . . .	214
c) La intimidad no es derecho de minorías . . . . .	215
d) El hombre común y la intimidad . . . . .	216
e) El hombre público o famoso y la intimidad . . . . .	218
f) La intimidad de los muertos . . . . .	219
g) La intimidad de las personas jurídicas . . . . .	219
h) Los caminos que recorre el violador. El entrometimiento. La difusión . . . . .	220
i) El elemento objetivo de la figura . . . . .	223
j) El elemento subjetivo. El ánimo de halagar y el de disgustar. La verdad y la mentira . . . . .	224

k) Causas que justifican el avance sobre la reserva o privacidad . . . . .	224
l) Algunos ejemplos ilustrativos . . . . .	228
m) La jurisprudencia . . . . .	230
n) Derecho a la intimidad de la vida privada . . . . .	230
ñ) El avance sobre la intimidad o privacidad como daño a la persona . . . . .	233
o) Las formas de ataques previstas. Otras formas posibles . . . . .	234
p) La arbitrariedad del obrar indiscreto. La conformidad del "invadido" o "agraviado" . . . . .	235
q) La defensa de la intimidad según la indole de las personas o su situación. Vida pública y vida privada . . . . .	236
r) La privacidad y sus diferencias con otros derechos de la personalidad. La identidad dinámica. La libertad de expresión o de información y la intimidad . . . . .	237
s) Los límites al derecho a la intimidad . . . . .	237
3. El derecho al honor . . . . .	238
4. El secreto de las fuentes de información periodística . . . . .	239
a) La empresa periodística como proveedora de un "producto elaborado" . . . . .	240
b) La empresa periodística es una empresa. Profesionalidad y experiencia . . . . .	244
c) El destinatario de la "doctrina", información, crítica o mera noticia es un consumidor final . . . . .	246
d) La publicación de información contraria al honor o a la intimidad de las personas como actividad peligrosa. La real malicia . . . . .	248
e) La imputación objetiva a riesgo de empresa en el quehacer periodístico . . . . .	255

**CAPÍTULO VIII**

**DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN**

1. La noción de discriminación. El concepto jurídico. El Derecho Constitucional de Daños . . . . .	259
2. Los derechos humanos y la discriminación . . . . .	263

3. La discriminación y el principio de igualdad. Las desigualdades nocivas. Las garantías . . . . .	266
4. La discriminación y la dignidad humana . . . . .	271
5. La discriminación y el principio de libertad. Las libertades fundamentales . . . . .	272
6. Diferenciación legítima e ilegítima. Trato diferente no es sinónimo de trato discriminatorio . . . . .	274
7. La discriminación supone distinción, exclusión, restricción o preferencia injusta o perjudicial. Los bancos de datos . . . . .	275
8. El "menoscabo", la "subordinación" o directamente el "agravio" al honor, imagen o buen nombre, como daños injustos . . . . .	276
9. La antidiscriminación como un asunto de civilización . . . . .	277
10. La discriminación como un asunto de "barbarie", "prejuicio", "primitivismo" o "desprecio" a seres humanos . . . . .	277
11. Las funciones del Derecho de Daños . . . . .	278
12. La función preventiva. Noción. Prevención general y prevención especial . . . . .	280
13. La prevención en el Derecho de Daños y en el Derecho Penal . . . . .	285
14. La disuasión de comportamientos antisociales . . . . .	287
15. El análisis económico del Derecho . . . . .	288
16. La "tutela civil inhibitoria", variante de la tutela cautelar anticipada, como medio de prevenir un ilícito . . . . .	290
17. Dejar sin efecto o cesar en el trato discriminatorio, ley 23.592 . . . . .	290
18. La prevención disuelta en expresiones retóricas (Pantaleón) . . . . .	290
19. Las "acciones afirmativas" como medidas profilácticas contra la discriminación. Noción y alcance . . . . .	291
20. La importancia y actualidad del tema. Las posibilidades reales de impedir, reducir o poner fin al perjuicio . . . . .	295

**CAPÍTULO IX**

**CONSTITUCIÓN Y CONSUMIDORES. DERECHOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. LEY 24.240**

. . . . .	299
-----------	-----

1. La problemática del mercado: proveedores y consumidores. La humanización del mercado. La dignidad del consumidor. Otros derechos fundamentales. La protección del consumidor en la Constitución Nacional, artículo 42.....	300
a) El Derecho del Consumidor y la Constitución .....	300
b) El Derecho del Consumidor y los Códigos Civil y Comercial .....	303
c) La crisis de los paradigmas tradicionales .....	305
d) La conveniencia de un Estatuto del Consumidor .....	308
e) Derecho y Economía en el Derecho del Consumidor .....	311
f) Derecho y sociedad de consumo .....	315
g) El consumidor ante la privatización y la desregulación .....	319
h) El consumidor ante los avances técnicos y científicos .....	321
i) Consumidor aislado o asociado .....	322
j) Eficiencia de la ley tuitiva .....	325
2. La tutela del consumidor en el Derecho Comparado. Proveedores y consumidores en el Derecho Privado: la ley 24.240 y modificaciones .....	326
a) La relación de consumo, ley 26.361, y el Código Civil .....	326
b) Contratos de consumo y contratos civiles y comerciales .....	328
c) La responsabilidad extracontractual y la del artículo 40 de la ley.....	331
d) Del "macrosistema" al "microsistema" y a la inversa.....	333
e) La reforma del Código Civil y del Comercial –o la unificación– dejando de lado el Derecho de Consumidores y Usuarios.....	335
f) La relación de consumo, ¿es tema civil o comercial?.....	336
g) El tema atrae a los civilistas. El porqué.....	338
h) El tema es "rechazado" por (o no atrae a) los comercialistas. La razón de esta actitud.....	339
i) El denominado "diálogo de las fuentes".....	339
j) La reforma del BGB (Código Civil alemán) y la incorporación del "material sobresaliente" del Derecho del Consumo .....	340
k) Coincidencias o discrepancias entre el "viejo Código" y el nuevo sistema .....	341

l) Qué queda de la igualdad de las personas, de la libertad y de la fraternidad .....	342
m) Qué queda de la "autonomía de la voluntad" o libertad contractual .....	343
n) Qué queda de la "fuerza obligatoria de los contratos", ley de partes .....	344
ñ) Qué queda de la culpabilidad como requisito de la responsabilidad .....	344
o) Qué del distingo entre lo contractual y lo extracontractual.....	345
p) Las normas sobre "información y publicidad", ¿están en el Código? .....	346
q) Las garantías por vicios o defectos, ¿coinciden con los "vicios redhibitorios"? .....	347
r) La compraventa "fuera del local comercial", ¿armoniza con los Códigos? .....	348
s) ¿Y el "dejar hacer, dejar pasar"? Los "hilos invisibles y las reglas espontáneas del mercado": ¿Qué ha sido de ellos? Del orden privado al orden público .....	349

## CAPÍTULO X

### CONSTITUCIÓN Y MEDIO AMBIENTE. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y SUSTENTABLE. LEY 25.675

.....	351
1. La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional .....	352
a) La tutela del ambiente .....	352
1) Los límites al derecho de propiedad .....	356
2) La función social .....	356
3) Límites generales y especiales. Internos y externos .....	357
4) El concepto de polución ambiental .....	359
5) Críticas a la función social como fundamento de la preservación del medio ambiente con independencia de su titularidad y régimen jurídico.....	360

6) La función social explica las limitaciones ambientalistas de la propiedad sin infringir o violar ese derecho .....	362
7) La acción u obrar humano .....	363
8) El hecho contaminante: el antes y el después .....	365
9) Hecho individual o colectivo .....	365
10) Hechos de los particulares o del Estado .....	366
11) Los comportamientos involucrados .....	368
12) Las esferas de responsabilidad .....	369
13) La prevención .....	370
2. La tutela del ambiente en los tratados y convenciones internacionales .....	371
a) El "Derecho blando". El Derecho de los Tratados .....	371
3. El medio ambiente en la Ley 25.675 General del Ambiente .....	373
a) El desarrollo sustentable .....	373
b) Particularidades del daño ambiental .....	378
c) Lo sutil y lo posible .....	379
d) La doble estructura .....	380
e) Los pobres y el daño ambiental .....	381
f) Los derechos involucrados .....	381
g) La concepción clásica y la actual .....	383
h) Alcances del daño ecológico .....	384
i) Importancia o relevancia .....	386
j) Las especies: a las personas y al ambiente .....	386
k) Los daños colectivos .....	387
l) La incidencia del tiempo .....	388
m) Perjuicios suprapersonales .....	388
n) El daño ambiental temido .....	389
ñ) Daño al paisaje y daño al patrimonio cultural .....	390
o) Elementos del patrimonio cultural .....	390
p) El desarrollo sustentable .....	391
q) El impacto ambiental .....	393
r) El origen de los daños .....	394
4. Las normas sobre el medio ambiente. Constituciones y leyes .....	395
a) De la responsabilidad decimonónica a la responsabilidad ambiental .....	395

b) De la sola función sancionadora a la preventiva y reparadora .....	396
c) De la antijuridicidad formal a la material .....	398
d) De la imputabilidad subjetiva –culpabilidad– a la objetiva –creación de riesgos o peligros– .....	398
e) De la "causalidad adecuada" a la "presunción de causalidad" o posibilidad cierta .....	401
f) Del daño individual o personal al "daño colectivo" .....	403
g) De la sanción indemnizatoria a la recomposición .....	405
h) Del fundamento jusprivatista a la jerarquía constitucional .....	406
i) La vigencia del Derecho Privado en materia de daños ambientales. La Ley General del Ambiente 25.675 .....	407
5. Los principios rectores en el Derecho Ambiental. El Derecho Comparado .....	407
6. Las normas o reglas provinciales .....	414

**CAPÍTULO XI**  
**LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**  
**Y EL DERECHO DE DAÑOS**

1. El fundamento constitucional de la reparación de los daños. Una nueva mirada al artículo 19 de la Constitución Nacional .....	417
2. Las decisiones de la Corte Suprema: "Santa Coloma", "Gunther", "Luján" .....	420
3. Los derechos fundamentales y su preservación. Daños a la persona .....	422
4. La reparación integral y su fundamento constitucional .....	426
a) El artículo 19 de la Constitución Nacional. Las acciones privadas que perjudican a un tercero .....	426
b) La "indemnización justa" del artículo 21 de la Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica .....	427
c) El reconocimiento del "daño ambiental" en el artículo 41 de la Constitución Nacional .....	430
d) El derecho a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, del artículo 42 de la Constitución Nacional .....	432

e) La cuantificación del daño por el legislador y la cuantificación por el juez natural . . . . .	433
f) Una indemnización que no cubre todo el daño, que no es plena o integral, no es una indemnización justa . . . . .	436
g) La limitación cuantitativa “en algunos casos de responsabilidad objetiva” (art. 1634, Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998) . . . . .	437
h) ¿Puede calificarse como justa una indemnización con base en una expropiación con tope legal? . . . . .	441
i) El principio de igualdad, para el tratamiento de las víctimas de daños injustos, y la discriminación del artículo 1634 del Proyecto del '98. . . . .	444
j) ¿Qué se busca con la limitación cuantitativa por obra del legislador? . . . . .	446
5. Las funciones del Derecho de Daños . . . . .	447
a) La prevención del daño . . . . .	449
b) La función sancionadora . . . . .	452
c) Función de adjudicación . . . . .	454
d) Función reparadora . . . . .	456

**CAPÍTULO XII**  
**LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y**  
**EL DERECHO DE LOS CONTRATOS**

1. El contrato como fuente de derechos y deberes. El paradigma contractual del Código de Vélez de 1871 . . . . .	459
2. El paradigma contractual del Código Civil a partir de las reformas de 1968 (al Código) y de 1994 (a la Constitución). Los principios clásicos decimonónicos y los principios del constitucionalismo social en la materia de los contratos . . . . .	463
3. La autonomía de la voluntad. El neoliberalismo. Solidaridad y confianza. . . . .	470
4. Equivalencia y buena fe. . . . .	475
5. El ámbito de la responsabilidad contractual . . . . .	484
a) Introducción. . . . .	484
1) La muerte del contrato . . . . .	484

2) El porqué de los agoreros del deceso. . . . .	484
3) La huida del contrato . . . . .	485
4) Contratos sin sujetos. . . . .	485
5) El temor, la desconfianza al contrato en una economía de mercado. . . . .	486
6) Del contrato a la responsabilidad aquiliana . . . . .	487
7) Reglamentos, formularios, declaraciones unilaterales. . . . .	488
8) Del “soberano” público al “soberano” privado . . . . .	489
9) Ventajas sí, riesgos no. La traslación de los riesgos. . . . .	489
10) La autonomía de la voluntad . . . . .	490
11) El contrato como promesa de “resultados” . . . . .	493
12) El contrato como intercambio a secas o como intercambio equilibrado. Utilidad y justicia. . . . .	494
b) El porqué del debate sobre el ámbito contractual . . . . .	495
1) Introducción . . . . .	495
2) Necesidad de distinguir el contrato celebrado de los meros acuerdos sin relevancia jurídica: sociales, familiares, amistosos . . . . .	497
Compromisos sociales y relaciones de cortesía. . . . .	499
3) ¿Cuándo la “materia negocial” tiene relevancia como para originar un contrato reglado por el Derecho? . . . . .	500
4) ¿Cómo evitar las sorpresas de quien “no sabe” que “ha contratado” y queda vinculado? . . . . .	502
5) Las soluciones en la historia del Derecho: el formalismo y la “consideración” del <i>common law</i> . . . . .	503
6) La gratuidad y el contrato. . . . .	504
Síntesis . . . . .	505
<b>BIBLIOGRAFÍA . . . . .</b>	<b>507</b>