

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 lex mercatoria. 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
BIBLIOGRAFÍA	507