

# La descodificación y fractura del Derecho Civil

Publicado en La Ley año LVIII n° 153 de 11 de agosto de 1994.  
Buenos Aires, República Argentina.

Ricardo Luis Lorenzetti

## SUMARIO:

I. Introducción; II. El surgimiento de los microsistemas; III. Crisis de la noción jurídica de pueblo y de ciudadano; IV. El jurista del microsistema; V. El desprestigio de la ley; VI. La crisis de la parte general del Derecho Civil; VII. La crisis cultural del Derecho Civil; VIII. Competencia legislativa en mercados integrados. - IX. La fractura del Derecho Civil.

## I. Introducción

### 1. Recopilaciones de leyes y codificación: cuál es la situación actual?

Antes de los Códigos había recopilaciones. Estas pretendían reproducir el derecho existente, sin modificarlo: sólo continuarlo, mejorarlo, en un *continuum* histórico. Las obras legislativas totalizadoras eran recopilaciones, como las de Indias; o una selección de textos escogidos, como los Digestos; o un espejo de lo existente, como el *Swabspiegel*.

En cambio, el Código no es continuidad; es una ruptura. Pretende crear una nueva regulación, sustitutiva; no recopila, sino que ordena basándose en la racionalidad<sup>1</sup>. Tiene un carácter constituyente del derecho privado.

La recopilación generaba inseguridad porque no se sabía si tal o cual disposición estaba vigente. El Código es seguridad, se traduce en una secuencia ordenada de artículos. La inmutabilidad es una de las características esenciales; no se puede alterar una parte sin cambiar el todo.

La legislación anterior era incognoscible por el ciudadano. El Código, se diseñó como una suerte de manual de derecho porque, como decía Andrés Bello, "podrá andar entonces en manos de todos, podrá ser consultado por cada ciudadano en los casos dudosos y servirle de guía en el desempeño de sus obligaciones"<sup>2</sup>.

En la recopilación no había axiomas fundantes; los principios debían rastrearse en la maraña legislativa. En cambio, en el Código, el modelo es deductivo<sup>3</sup>. El Código genera una ciencia demostrativa, cuyo propósito es hacer evidentes los axiomas; en la descodificación en cambio, había que indagar los hechos jurídicos para encontrar los principios.

En la recopilación, el intérprete tenía una enorme tarea y era gran protagonista. El Código, en cambio, recorta el espacio de la interpretación jurídica, la cual se limita exclusivamente a la ley y deviene en exégesis.

El Derecho Civil codificado, es autosuficiente, no necesita de otros textos para solucionar las disputas. Al tener una parte general ordenada, exporta instituciones y técnicas. Así sucede por ejemplo, con el negocio jurídico que se pretende aplicable al derecho de familia, al administrativo, al laboral<sup>4</sup>.

En cambio, la recopilación es insular, está alejada de los continentes. Al contrario del Código, importa conocimientos y situaciones de otros territorios, también insulares. Su carácter casi portuario le permite recibir contactos con la economía, la medicina, el arte de la guerra, la tecnología, incorporando sus intereses, reglas y lenguajes.

Señaladas estas breves diferencias, cabe preguntarnos: ¿Cuál es la situación actual?

Todos diríamos que tenemos un Código civil, y por tanto un derecho codificado. Pero también podríamos asumir aquella afirmación principios del siglo XIX, que hiciera el Conde Carrabús: he recorrido "con espanto aquella mole inmensa e incoherente de cracia, republicanism, despotismo militar, arquía feudal, de errores antiguos y ravagancias modernas, aquella mole de tanta y seis mil leyes con sus formidables mentadores"<sup>5</sup>.

Ya superamos las treinta y seis mil leyes; el ciudadano las desconoce; el Código pierde eficacia, la legislación especial es derogatoria de los principios generales codificados. Es difícil establecer un orden, y más aún mantener principios axiomáticos.

La tarea del intérprete se ha vuelto decisiva: prueba de ello es el rol protagónico que se reconoce al juez, y la labor creativa de la jurisprudencia y doctrina. El lenguaje jurídico ha contaminado de genética, economía, moral, tecnología, computación, y ese poco exporta al resto de la sociedad.

Asistimos a una era de descodificación? ¿Aminaremos este problema con un criterio amplio, no reducido a la dogmática o a los conflictos intralegislativos<sup>6</sup>, para presentar el problema en su globalidad. No sólo hay una descodificación legislativa, sino un problema explosivo con una enorme fuerza centrípeta, integradora, en el plano de la ley, de otras fuentes, de la doctrina, y del derecho privado general.

Nos parece necesario este enfoque amplio para luego, en una segunda parte, advertir el problema contrario y arribar a nuestra tesis: asiste a una progresiva recodificación constitucional del derecho privado.

### 2. El big bang legislativo

El Código fue un reflejo de la creación del Estado nacional; su pretensión era ordenar las conductas jurídico-privadas de los ciudadanos, en forma igualitaria; una sola norma aplicable

para todos los ciudadanos por igual, sean ciudadanos o extranjeros (art. 1, Cód. Civil Argentino).

El Código significó una garantía de separación entre la sociedad civil y el Estado. Con anterioridad, si una cuestión no podía resolverse por las leyes civiles, se remitía al soberano; ahora en cambio se resuelve mediante leyes análogas o principios generales del derecho (art. 16 y nota, Cód. Civil Argentino).

Finalmente, el Código es un orden racional que se propone regular en todos los tiempos y latitudes.

El Derecho Civil actual no se basa en una sola ley codificada; por el contrario hay muchas leyes para distintos sectores de actividades y ciudadanos.

La igualdad legislativa es un sueño olvidado, en la medida en que las normas jurídicas son particularizadas y con efectos distributivos precisos.

La idea de ordenar la sociedad ha perimido al ritmo del decaimiento de las visiones totalizadoras; el derecho civil se presenta como una estructura defensiva del ciudadano y de colectividades antes que como el "orden" social.

El Código comparte su vida con otros Códigos, con microsistemas jurídicos, y con subsistemas. El Código ha perdido centralidad, la que desplaza progresivamente<sup>7</sup>. El Código es sustituido por la constitucionalización del Derecho civil, y el orden codificado por el sistema de derecho civil, que abarca tanto a la norma codificada como a otras.

La explosión del Código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. Se han creado microsistemas jurídicos, que al igual que los planetas giran con su propia autonomía, su vida es singular; el Código es como el sol, los ilumina, colabora en su vida, pero ya no puede incidir directamente sobre ellos.

También se puede usar la famosa descripción que empleara Wittgenstein<sup>8</sup>, aplica-

da al Derecho, puesto que el Código es el viejo centro de la ciudad, a la que se le han añadido nuevos suburbios, con sus propios centros, y características barriales. Poco es lo que se visitan unos y otros; al centro se va de vez en cuando a contemplar las reliquias históricas.

## II. El surgimiento de los microsistemas

Se ha producido una inversión de la ley de Maine, quien señalaba que la tendencia de la civilización es evolucionar desde el estatus al contrato; ahora se evoluciona del contrato al derecho estatutario.

Veremos seguidamente algunos fenómenos.

### 1. El microsistema de la empresa

Sin demasiado asombro hemos asistido a la desintegración del Código de Comercio decimonómico; basta mencionar las leyes: quiebras (ley 19.551 -Adla, XLIV-D, 3806-), sociedades (19.550 -Adla, XLIV-B, 1310-), navegación (20.094 -Adla, XXXIII-A, 170-), patentes (111 -Adla, 1852-1880, 432-), cooperativas (20.337 -Adla, XXXIII-b, 1506-), transferencia de tecnología (22.426 -Adla, XLI-A, 210-), inversiones extranjeras (21.382 -Adla, XXXVI-C, 2071-), competencia (22.262 -Adla, XL-C, 2521-), abastecimiento (20.680 -Adla, XXXIV-C, 2006), lealtad comercial (22.802 -XLIII-B, 1346-), títulos valores (decs. 5965 y 4776), contrato de seguro (17.418 -Adla, XXXVII-B, 1677-), empresas de seguros (20.091 -Adla, XXXIII, 150-), actividades financieras (21.526 -Adla, XXXVII-A, 121-), bolsas (ley 17.811 -Adla, XXVIII-B, 1979- y modif.), martilleros (20.266 -Adla, XXXIII-B, 1384-), productores y asesores de seguros (22.400 -Adla, XLI-A, 161-), compraventa internacional (Convención de Viena de 1980), instrumentos de medición (Ley 19.551 -Adla, XXXIII-A, 1725-); Casas de cambio (Ley 18.924 -Adla, XXXI-A, 92-); transferencia de fondos de comercio (11.867 -Adla, 1920-1940, 524-), y otras muchas.

La materia más importante está regulada por leyes especiales, que no son aplicaciones particularizadas de la norma general que se encuentra en el Código de Comercio, sino verdaderos estatutos especiales.

Por otra parte, quien es especialista en "derecho bancario", seguramente se abstendrá de opinar sobre derecho de la navegación o aduanero o impositivo. Cada especialidad va adquiriendo su propia dificultad, y es difícil hablar de un derecho comercial totalizador.

Además tiene sus propias fuentes de creación normativa. La costumbre internacional es determinante a la hora de la redacción de los tratados<sup>9</sup>, y a través de ellos penetra en los derechos internos provocando fricciones "culturales"<sup>10</sup>. También la costumbre se impone a través de la propia actividad transnacional: un ejemplo de ello es cómo la actividad reaseguradora internacional, impone cláusulas a las aseguradoras nacionales y éstas a los consumidores internos.

También en el Derecho procesal se gana en autonomía. Las controversias interempresarias se resuelven cada vez menos en la justicia ordinaria, y cada vez más mediante soluciones alternativas. Tales son el arbitraje o los contratos "inmunizados", o las garantías a primera demanda o autoliquidables<sup>11</sup>.

El Derecho Comercial tiene sus propios principios, sus doctrinarios y congresos.

El Derecho Comercial sufre además de un defecto de origen. Fue pensado como un subsidio a la clase comerciante mediante normas flexibilizadoras y prescindiendo de toda consideración de la otra parte: el consumidor.

El movimiento consumerista, desde los años 70, viene modificando la legislación comercial mediante la introducción de instituciones de todo tipo que afectan las disposiciones tradicionales. Así, la venta al público, por correo, a domicilio, la prestación de servicios, se ven modificados sustancialmente.

Estamos en presencia de un verdadero microsistema de la empresa, que exhibe sus incipios, normas, fuentes de creación, doctrina, jurisprudencia, particularizadas.

### 2. Microsistema de protección del consumidor

El Derecho Civil codificado regula los contratos subsidiariamente, respetando la autonomía privada, ayudándola mediante el derecho supletorio y recortándola a través del derecho público imperativo. Las nulidades son presas y conducen a la frustración del negocio.

El derecho de protección de los consumidores ha cambiado todo esto. *Ab initio* instala un orden protectorio que deroga el principio general de la igualdad de los ciudadanos. El derecho supletorio se torna imperativo, surgen "nulidades virtuales", y pretenden el antenimiento del propósito práctico perseguido por los contratantes. Los sistemas de cláusulas abiertas para la calificación de cláusulas contractuales abusivas, el "listado de cláusulas negras y grises", el control administrativo previo, el desechamiento de algunas cláusulas, manteniendo el negocio y rediseñándolo, son poco frecuentes en el derecho común.

El Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El derecho de consumo lo destruyó, al sugerir la imputación por daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca, que no han celebrado contrato alguno con el consumidor, como ocurre en la ley brasileña 8078/1990. Asimismo, se conceden acciones al consumidor, al usuario, a miembros del grupo familiar, a las asociaciones de consumidores, que tampoco han tenido vínculos convencionales previos.

La responsabilidad precontractual por abandono intempestivo de las tratativas previas tiene por objeto evitar el retiro incausado, arbitrario, dañoso. Esta concepción del derecho civil es modificada en el derecho de consumo, facilitarse el retiro rápido, intempestivo del

consumidor en las ventas a domicilio como sucede en la ley argentina 24.240 (Adla, LIII-D, 4125).

Como se ve con estos breves ejemplos, el derecho del consumo diseña sus propios principios, diferentes de los que sirven de arquitectura al derecho común.

En Brasil, se ha considerado a nivel constitucional que el derecho del consumo debe tener su "Código", dictándose la ley 8078 que es un Código de defensa del consumidor, lo que permite "coherencia, homogeneidad a una determinada rama del derecho, posibilitando su autonomía"<sup>12</sup>.

Asimismo puede tener su derecho penal a través de la tipificación de delitos de consumo<sup>13</sup>.

Es habitual que tenga normas procesales particularizadas, que protegen derechos individuales homogéneos, o difusos, y sus propios tribunales, de menor cuantía o arbitrales<sup>14</sup>.

El derecho de protección de los consumidores tiene sus propios congresos y doctrinarios, altamente especializados en el tema, que se reúnen entre sí desarrollando actividades específicas.

Asimismo, asistimos a una descodificación interna. Hoy se percibe que se parcializa el enfoque en áreas, tales como alimentos, fármacos, vivienda, crédito, etc. Cada una de ellas está regulada por una enorme cantidad de resoluciones<sup>15</sup>, acuerdos, reglamentos, directivas, "instructivos", disposiciones del *Ombudsman*, de las convenciones colectivas de consumo, de los organismos de contralor. Incluso se advierten hoy enfoques doctrinarios especializados<sup>16</sup>.

Estamos en presencia de un verdadero microsistema de protección del consumidor, que exhibe sus principios, normas, fuentes de creación, doctrina, jurisprudencia, particularizadas.

### 3. Daños: crisis de la unicidad de lo ilícito

El derecho de daños ha crecido fuera del Código, fundándose en la producción

jurisprudencial y las leyes especiales. Los escasos artículos que dedica el Código Civil a la responsabilidad civil no explican la explosión de litigios, de obras doctrinarias, de congresos sobre el tema.

Esto ha producido una crisis de la unidad del fenómeno resarcitorio.

Hay coincidencia doctrinaria en que la ilicitud es un fenómeno que responde a una unidad sistemática. En virtud de ello la antijuridicidad, imputabilidad, nexos causal y daño son presupuestos aplicables a los casos que surgen en el ámbito contractual, aquiliano, público o privado. Esta unicidad se refiere a la independencia de la causa fuente del crédito: cualquiera sea la causa se aplican los mismos principios.

Sin embargo, los valores inherentes son distintos y cada vez más parcelados. Si bien todos responden a los principios de la responsabilidad aquiliana, no es lo mismo un accidente de tránsito que la responsabilidad precontractual; no es equivalente el daño ecológico que la transmisión de enfermedades de padre a hijo.

Por esta razón, surge el derecho estatutario en la responsabilidad civil: Los accidentes de trabajo (ley 24.028 -Adla, LI-D, 3914), los de minería (Cód. de Minería - Adla, 1881 - 1888, 230-), Código Aeronáutico (17.285 - Adla, XXVII-A, 326-), daños nucleares (Convención de Viena, ley 17.048 -Adla, XXVI-C, 1625-), actos discriminatorios (ley 23.592 -Adla, XLVIII-D, 4179-), accidentes de tránsito (dec. 692/92 -Adla, LII-B, 1725-), los deportivos (ley 24.192 -Adla, LIII-B, 1340-), resarcimiento a los detenidos durante el proceso militar (24.043 -Adla, LII-A, 30-). Pero además, por la vía jurisprudencial se crean normas específicas aplicables a diferentes tipos de responsabilidad.

Por otra parte, cada subsistema tiene su economía interna, y es por ello que hay pluralidad de sistemas compensatorios. No es posible pensar que el tipo de resarcimiento que se prevé para el hecho del dependiente de la gran empresa sea aplicable al hecho de la

dependiente doméstica de una maestra que sale a trabajar.

Percibimos una crisis de la "teoría general de la responsabilidad civil", la que para mantener la vigencia de principios conceptuales largamente elaborados, los va dotando de una abstracción cada vez mayor para comprender supuestos heterodoxos. De este modo pierden su utilidad normativa.

Creemos necesario emprender una tarea de "reconstrucción" teórica de la responsabilidad por daños<sup>17</sup>. Esta debe partir imprescindiblemente de los casos, de las responsabilidades especiales, para constatar cuánta heterogeneidad hay en ellas<sup>18</sup>. Hecha esta tarea, hay que construir a partir de esos datos los nuevos principios generales<sup>19</sup> en una nueva "teoría general" capaz de comprender los diversos subsistemas.

#### 4. Los problemas decodificantes: el derecho ambiental

Hay problemas que tienen fuerza descodificadora propia. Uno de ellos es el relativo al medio ambiente y sobre todo a los daños resarcibles.

La dificultad de identificación del responsable de la contaminación, como la presencia de casos de autores múltiples (ej.: contaminación a través de residuos cloacales o de automotores), oscurece a la legitimación pasiva. El régimen de causalidad es harto complejo, no sólo por lo dicho, sino por las repercusiones mediatas de los problemas ambientales. La antijuridicidad se termina aplicando a la actividad empresarial de modo que ésta debe probar que es lícita, en términos de no contaminación, antes de instalarse, todo lo cual se contrapone con la libertad de comercio. El resarcimiento a través de sumas indemnizadoras aparece cuestionado de eficacia preventiva y de destinatarios individualizados.

Se trata de problemas que demandan instituciones y herramientas propias. Confluyen en ellos lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal,

lándose en un cóctel innovador y herético.

#### Creación de un derecho "ad hoc": producción autónoma de reglas determinativas

Otro dato de interés es la denominada "fuga lerecho". En el ámbito internacional se ve a los "contratos inmunizados", que por sus mecanismos que neutralizan la vía judicial; frente al incumplimiento se ponen en juego garantías y no acciones judiciales. Las cláusulas a primer demanda y los arbitrajes son estrategias claras de ello.

Por otra parte, cabe observar cómo la empresa ha prescindido del derecho sucesorio, tal como lo previó el legislador decimonónico para la familia. El testamento y la sucesión intestada desplazadas por la cesión de cuotas accionarias, la constitución de fundaciones, las cuentas de ahorro, etc., que escapan al sistema codificado.

La creación de redes contractuales y de sanciones, condicionan y hastiaban la acción judicial, también son un claro ejemplo de este fenómeno.

El sistema codificado funcionó con reglas determinativas, de modo que los actores sólo pueden hacer lo que surja de cumplir tales reglas. Se trata como el juego de ajedrez, que debe jugarse con tales reglas; si se juega con otras reglas no será ajedrez.<sup>20</sup>

En los fenómenos predescriptos, no se trata de meras combinaciones originales de las reglas de derecho, sino de una "privatización" de la regla jurídica que secciona las partes que recaen inconvenientes.

Basta observar cómo se deja de lado el derecho sucesorio o el de familia en la actividad empresarial; cómo se desplazan las normas sobre contratos típicos: o cómo se cierra la vía del "debido proceso", para tener una idea clara del propósito.

Mediante estos mecanismos, las reglas determinativas, son diseñadas por las partes o una de ellas.

### III. Crisis de la noción jurídica de pueblo y de ciudadano

#### 1. Crisis del Código como disciplina de los ciudadanos

El Código Civil napoleónico es la "carta jurídica del ciudadano indiferenciado"<sup>21</sup>. El "Pueblo" tiene una unidad normativa referenciada por la Constitución (Preámbulo) y el Código (art. 1, Cód. Civil argentino). La noción de ciudadano, de raigambre francesa, surge para suprimir desigualdades provenientes del distinguo entre la realeza y las clases inferiores. Esta noción abstracta sirvió para regular las relaciones privadas con una vara igualitaria.

El Código no cumple ya esa función.

El ciudadano en cuanto comprador, es regulado por las leyes de consumo que difieren del Código. Si trabaja, por las leyes laborales; si comercia, por las comerciales. Si se vincula con el Estado, por el derecho administrativo.

El ciudadano es regulado en virtud de aspectos parciales: como comprador, como contribuyente, como comerciante, como usuario, como trabajador, etc., y en cada una de esas actividades enfrenta leyes especiales.

De ello se sigue que el consumo de normas especiales es mucho mayor que el de las generales. Si una empresa tiene que celebrar un contrato, recurrirá poco a la teoría general del contrato del Código Civil, y mucho más a las normas sobre impuestos, responsabilidad civil, seguros, quiebra, etcétera.

Ello lleva a una crisis del concepto global y abstracto de "ciudadano" y de "Pueblo". Se nos hace difícil saber qué piensa la mayoría y cuáles son los intereses del ciudadano y del pueblo.

#### 2. Una ley para cada uno

La crisis de las visiones totalizadoras ha hecho explotar todo texto unificador. Los intereses son individuales o sectoriales, perfectamente diferenciados unos de otros.

En el plano individual, el legislador se ve en problemas. Si se tuviera que tomar una decisión legislativa sobre temas sensibles, habría

que hacer una ley para cada uno de esos individuos. Esto es lo que sucede por ejemplo con el denominado "derecho a rehusar tratamietos"; habría que hacer una ley para los testigos de Jehová y tantas otras como ideas distintas hay. De igual modo ocurre con el aborto, con la regulación de la familia, y muchos otros<sup>22</sup>.

En el plano sectorial sucede algo similar. El problema de las denominadas "leyes promocionales", que subsidian alguna actividad específica, ha producido una fragmentación de derechos y privilegios que a su vez provoca nuevas presiones sectoriales para lograr equiparación con lo obtenido por otro o superarlo. Esta lógica rompe el compromiso igualitario<sup>23</sup>.

### 3. Conflictos irresolubles entre intereses igualitarios

La existencia de intereses hiperespecializados y horizontales plantea conflictos en los que ambas partes tienen razón.

El derecho a informar que tiene el periodismo frente a la privacidad de Maradona, planteó un debate nacional en el que se vieron claramente argumentos de igual valía para ambas partes, sin que quede muy claro cuál es el "punto medio".

El desalojo de ocupantes ilegales que tienen el "derecho a una vivienda digna", vs. el "derecho de propiedad" de los titulares del dominio, ha manifestado el mismo tipo de aporías.

Los debates televisivos pueden ser ricos en argumentos contrapuestos, pero no arriba a una verdad. En el proceso judicial, donde se exponen argumentos contrapuestos, tampoco se arriba a una verdad.

El proceso judicial deja de ser la averiguación de "la verdad", para transformarse en una "transacción".

### 4. La feudalización del derecho

Es interesante observar el comportamiento de un individuo mínimamente autosuficiente

frente al Estado, los hiposuficientes siempre van a depender él.

Cuando existía el "Estado del bienestar", se función era redistribuir la riqueza. Todos los actores sociales querían estar vinculados al Estado porque de un modo u otro obtenían algún beneficio. El comportamiento racional era vincularse al Estado.

La función del Estado en el modelo actual es repartir costos, adjudicar cargas. Buen ejemplo de ello, en el marco del derecho privado, es la responsabilidad civil, cuyo crecimiento se debe a una retirada del Estado en estos campos.

En este contexto, el comportamiento racional de los individuos autosuficientes es no vincularse al Estado. Las clases altas y medias viven en *country*s privados donde el municipio tiene poco que hacer. La policía es sustituida por la guardia contratada: la escuela pública por la privada; el sistema de salud, por la medicina prepaga; el crédito estatal, por el crédito privado. Últimamente asistimos a la peor deformación: la justicia estatal es sustituida por la justicia privada.

Este individuo no necesita del Estado, le molesta, pretende que se lo suprima, porque él está satisfecho sin necesidad de la acción pública<sup>24</sup>. El Estado lo molesta, le cobra impuestos, la ley le impone cargas, responsabilidades; hay que reducirla al mínimo.

No necesita del Estado porque tiene su propio feudo, y por ello se dice que asistimos a una nueva edad media<sup>25</sup>.

El Código surge con el Estado, y éste con la nacionalidad. Este esquema fue justamente sustitutivo del feudo, e incompatible con él.

De ahí que estos fenómenos de feudalización sean descodificantes.

### 5. Cómo legislar lo diferente?

El Código significó una abstracción: la idea de "ciudadano" eliminaba las singularidades para tratar un concepto único al que se aplican las consecuencias jurídicas.

Frente a la heterogeneidad y a la diferencia, no tenemos conceptos similares, o abarcadores<sup>26</sup>.

La solución provisoria, que se va imitando, es dejar a cada uno la decisión individual. Se admite progresivamente que el individuo pueda decidir la subsistencia de su matrimonio, de su embarazo, de su vida, de la logia genética de sus hijos, de su religión.

## V. El jurista del microsistema

La familia se reduce, porque las personas en otras vinculaciones; los hermanos se ven con sus amigos que entre sí, los cónyuges en más con sus compañeros de trabajo que entre sí. La familia civilista también se disgrega y se multiplica el sistema de pertenencia.

Es frecuente escuchar a un civilista que le sobre el daño genético, explayarse libremente sobre temas médico-genéticos; pero que trate temas empresarios, explicar o producirse a través aspectos económicos; a otro que trate contratos informáticos, comenzar un desarrollo técnico-informático.

Este civilista ha tenido un contacto con otra familia, tal vez no muy fluido, y queda limitado de la cantidad de cosas nuevas que aprendió y que podría aplicar al derecho privado. El segundo paso es transformarse en un "especialista", y a reivindicarse como tal. El tercer paso será promover el tema, organizar congresos, postular sus ideas para que tengan acción legislativa.

Los congresos han dejado de ser un espacio de debate de ideas contrapuestas; los que opinan primero hacen otro congreso. De este modo, busca la homogeneidad antes que el disenso, y a sugerir conclusiones e impacto en la *unus opinio*.

Los libros cumplen cada vez más una función de "difusión" y con este propósito se escriben textos, los discípulos escriben lo mismo que los maestros. El fin es imponer la idea.

La idea contraria y la dupla perturban. Estimamos al *requiem* de la investigación básicamente se discute ni se argumenta, salvo en los más famosos cenáculos académicos.

El jurista se convierte en militante del microsistema. El Derecho civil, y los civilistas, tienden a perder imparcialidad, se transforman en militantes de verdades parciales. Lo mismo le ocurre al juez cuando tiene que resolver problemas ambientales o de consumo: él también es consumidor y está perjudicado como ser viviente.

La verdad que se expresa es subjetiva, particularizada. Se ha dicho que la izquierda "posmoderna" representa a las minorías; el derecho civil también, y con ello expresa sus límites, su carácter defensivo.

El doctrinario del Derecho vuelve, poco a poco, a ser un "exégeta", un traductor de la ley especializada.

Ello conduce a la pérdida de globalidad, de la pretensión de regular la sociedad en su conjunto, que era finalidad característica de los Códigos.

## V. El desprestigio de la ley

### 1. La creación snob

El Código es una ley "Sacra"<sup>27</sup>. La proliferación de leyes es una desacralización, ya que, al abundar, las normas adquieren un carácter instrumental que las devalúan. Hay una dinámica de la creación continua de leyes e instituciones y un subsiguiente deslizamiento jerárquico<sup>28</sup>.

Todos pensamos con una supina ingenuidad, que frente a un problema, hay que sancionar una ley. Esto no ha hecho más que depreciar el poder normativo. Muchas leyes son totalmente ignoradas por los ciudadanos (tenemos como ejemplo la ley de tránsito, o la del consumidor).

Algunas leyes se contradicen con otras. Tal es el caso de la contradicción entre la responsabilidad del fabricante por productos elaborados y la que existe en la ley de residuos peligrosos<sup>29</sup>.

Leyes cuya vigencia se ignora, otras que pierden eficacia, otras que se desconocen, otras modificadas por decretos, y todas ellas creando un sistema difícil de interpretar.

La interpretación readquiere su función fundante.

### 2. La contractualización de la ley

Se ha dicho que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes: ahora se afirma que la ley tiene la fuerza de contrato entre las partes.

En la creación legislativa no hay un acto de soberanía estatal, sino el acuerdo previo de los grandes grupos organizados; se trata de una suerte de contrato, de acuerdo entre pocos que imponen la ley que conviene a sus intereses. En otros casos, la eficacia de la ley depende exclusivamente del consenso social que alcance<sup>30</sup>.

Las leyes de protección del consumidor, patentes, aborto, accidentes, son habitualmente productos de una transacción.

Va deteriorándose todo principio o autoridad legislativa superior cuyos mandatos están obligados a obedecer las personas por su propia naturaleza e independientemente de su aprobación.

### 3. El problema de los destinatarios y los "tecnolenguajes"

Es conocida aquella sugerencia kelseniana relativa a que las normas jurídicas tienen como destinatario inmediato a quienes son los encargados de aplicarlas. En su momento mereció la crítica bobbiana relativa argumentado que se hace muy difícil pensar que un reglamento sobre la circulación por carretera esté hecho para los guardias de tráfico, incluso para los jueces y no para los automovilistas.

Este problema se ha acentuado.

La ley especial suele incorporar un lenguaje propio del sector que regula, técnico, un "tecnolenguaje"<sup>31</sup>, que sólo entienden individuos entrenados en ese nuevo "lunfardo" legislativo.

La norma se hace inalcanzable para el ciudadano.

### 4. Efectos derogatorios de la ley especial

El pensamiento codificado se basa en el silogismo: El Código es una ley general; la ley especial y la sentencia son una especificación para casos concretos. La relación entre la ley general y la especial se basa en que ambos comparten un mismo supuesto de hecho, más recortado en el segundo. El género y la especie es el modelo hermenéutico.

Como ya vimos, la ley especial puede contener principios que no son aplicación, sino derogación de la general. Algo similar sucede con el derecho jurisprudencial, en el que el juez suele "crear" derecho. Por otra parte, las leyes especiales agotan *per se* el supuesto de hecho, al que no se refiere habitualmente la *lex generalis*.

Las leyes promocionales como hemos visto *ut supra*, contienen disposiciones que son excepciones para un grupo de ciudadanos. Si se aprecia de un modo general, toda norma tiene efectos distributivos específicos: tal ocurre por ejemplo con la responsabilidad limitada en materia societaria, que constituye un subsidio al riesgo empresarial.

De modo similar opera el derecho "protectorio", que consagra también normas de excepción.

También hay una mutación que desarticula el esquema kelseniano acerca de la norma hipotética y la noción de sanción. Muchas leyes exceden el esquema hipotético y no prevén consecuencias sino finalidades.

La regulación basada en supuestos de hechos generalizables, es parcialmente sustituida por normas que atienden a objetivos generales.

### 5. El Código como norma residual

El hecho de contarse con un Código, dio pie para que los juristas asignaran a esos sistemas y a las normas que los constituyen una

de propiedades formales que no siempre en: precisión, univocidad, coherencia, pletitud, etcétera<sup>32</sup>.

El Código es una norma autosuficiente, usiva, como lo señala el art. 22 del Cód. l, que establece que lo que no está dicho l no puede tener fuerza de ley en derecho l. No es sólo una norma de derecho sitorio, sino que sugiere el principio<sup>33</sup>. Las es especiales son concebidas como ongaciones del Código.

Esta idea es la que ha cambiado conforme eninos exponiendo.

La palabra "código" comienza a escribirse minúsculas, y se la considera una ley más, eptible de sufrir tantas modificaciones o las demás.

La autosuficiencia se traslada a la legislación cial. Se ha señalado que la ley especial se isforma en el derecho general de una itución, y el derecho general es una disci- a residual de casos no contemplados en las s especiales<sup>34</sup>.

## VI. La crisis de la parte general del Derecho Civil

### 1. De la exportación de institutos a la crisis

La existencia de un Código permitió el ño de principios generales e instituciones se aplican a las relaciones privadas en gel. Su campo de actuación no sólo se ha ndido a las leyes análogas, sino a otras leyes cluso fuera del derecho privado.

Se ha señalado que la parte general y el derecho as obligaciones del derecho civil constituyen quitectura del derecho privado.

De este modo, a través de la parte general, erecho civil exportó instituciones y técni- Así ha sucedido con la persona, el negocio dico, el contrato, la propiedad, la culpa. Este proceso de exportación ha disminuido a casi detenerse.

Advertimos más frecuentemente el úmeno contrario. Mostraremos algunos mplos.

A. La noción de persona: ha recibido el impacto de la genética, que ha puesto en crisis lo referente a la concepción intra y extrauterina; a su vez ha creado el problema del *status* jurídico del embrión y de los genes<sup>35</sup>. También la ciencia médica ha hecho temblar la idea de la muerte, con la posibilidad de mantenimiento de la vida vegetativa y el conflicto con la libertad de rechazar esos tratamientos.

Las proposiciones de la genética o de la medicina, se introducen subrepticamente modificando las ideas o planteando nuevos problemas.

B. Los derechos personalísimos: que constituyen, tal vez, el aspecto más innovador de la parte general, no es una creación propia. Surge en los tratados y en las constituciones y de allí penetra en los códigos, condicionándolos y transformándolos<sup>36</sup>.

C. La persona jurídica: está en crisis<sup>37</sup>. La idea tradicional de constituirse en una valla que limite el riesgo empresarial ha sido trastocada por las normas impositivas, la responsabilidad societaria, la responsabilidad por el manejo de información, las normas laborales, las reglas sobre el derecho internacional privado en materia de nacionalidad. Desde ámbitos exógenos se ha condicionado este instituto de la parte general.

D. El negocio jurídico: está cuestionado. Se pregunta Galgagno<sup>38</sup>; "por qué está eclipsándose la categoría ordenante del negocio jurídico? Porque actualmente el problema no reside en construir una esfera de autonomía, contrapuesta a la soberanía del Estado...". La idea de contrato se mantiene en el derecho político como consenso originario, pero no en el sentido en que se concibió en el derecho civil: como límite a la soberanía estatal.

Ello es así porque el problema ha cambiado de coordenadas: es la "alianza planteraria entre técnica y empresa" y la "intimidación privada".

El agua divisoria en materia de protección la está suministrando el derecho del consumo.

E. El contrato típico: también revela poca capacidad de seducción.

Los modelos contractuales que surgen de la tipicidad están también en un punto crítico. Su uso ha disminuido considerablemente y han proliferado los contratos atípicos. En el campo de los contratos discrecionales predominan los atípicos; en el resto los contratos de consumo. De este modo, el modelo típico que propone el legislador es poco seguido por las partes.

La mayoría de las legislaciones en materia contractual, son respuestas a la actividad empresaria, antes que un modelo jurídico que es adoptado por la actividad económica. Así se propone legislar sobre franquicia comercial, sobre contratos de distribución, sobre *leasing*, porque ya existen en la realidad económica con perfiles bastante nítidos.

F. La noción de derecho subjetivo: tal como se la entendió en el siglo XIX, también está mudándose. El surgimiento de grandes grupos de damnificados ha dado lugar a los intereses individuales homogéneos; la aparición de bienes colectivos ha provocado el reconocimiento de intereses difusos.

Todas estas categorías son incorporadas desde fuera de la parte general, y frecuentemente, a través de leyes especiales.

G. El patrimonio: ha sido concebido como una emanación del sujeto, como un atributo de la personalidad. Se ha utilizado la expresión "concepción dinámica del patrimonio"<sup>39</sup> para señalar la crisis de aquel concepto subjetivo.

En realidad es una tímida manera de señalar que el patrimonio no tiene nada que ver con la persona. El patrimonio fue, en el derecho romano, un instrumento para aliviar la situación del deudor: permitió superar el sometimiento personal para pasar a la ejecución patrimonial. En el siglo XIX, el Código diseñó al ciudadano, como individuo distinto del Estado y le dió atributos, entre los que se encontraba el nombre, la capacidad o el patrimonio. La función que cumple en ese contexto es preservar al ciudadano frente al Estado: por ello se dice que toda persona tiene un patrimonio y que el mismo está sometido a su voluntad.

El patrimonio actual es un instrumento de actuación económica. Surgen así los patrimonios separados, las sociedades unipersonales, patrimonios de afectación. El problema más importante no es el sujeto, sino la protección de los terceros. Para ello de poco sirve la noción de "atributo de la persona".

#### 2. Mero intercambio o importación teórica?

Se podría argumentar que las influencias entre la parte general del derecho civil y su entorno han existido siempre y que sólo se trata de meras adaptaciones. Probablemente sea así en gran parte.

Sin embargo, hay aspectos centrales en los que no se trata de meras influencias, sino que el movimiento pretende sustituir los conceptos jurídicos tradicionales por otros.

Ejemplo claro de ello es la influencia que ejercen la "bioética" o el "análisis económico del derecho", al sugerir reglas de conducta con valor normativo que son receptadas por el derecho, ya sea expresamente, ya sea implícitamente mediante módulos abiertos.

### VII. La crisis cultural del Derecho Civil

#### 1. La crisis

Como compaginar una Constitución anglosajona y leyes europeas?; Qué fenomenal disección se produciría si la Corte interpreta según el *common law* y los tribunales inferiores según el *civil law*? Estos interrogantes hipotéticos se asemejan a la realidad, y tienen un efecto desestructurante.

Nuestra doctrina jurídica ha sido sensible a la influencia francesa durante muchos años y hay un modelo solidarista, "jesuítico", "austero", que es bien diferente con la doctrina anglosajona<sup>40</sup>.

Si nos atenemos al canon hermenéutico de la autonomía<sup>41</sup>, y reconocemos el objeto tal como es, podemos advertir que no hay homogeneidad al respecto, sino una evidente diversidad.

#### . La tradición anglosajona

Jeremy Bentham, a través de utilitarismo, y en la Argentina del siglo XIX como un dios; el modelo de justicia para los juristas argentinos era el inglés<sup>42</sup>. Su influencia fue importantísima sobre Rivadavia, con quien se bía.

Pedro Somellera, primer titular de la cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires<sup>43</sup>, basa la enseñanza del Derecho en el principio de Utilidad, de Bentham: "han errado los que han creído a esta ciencia incapaz de demostración matemática, y la tendencia a "nadar en el inmenso océano del derecho natural", señalando que a nosotros la base de toda obligación es la utilidad, y el contrato es sancionado por la virtud de la mutua utilidad que reporta a las partes, ya que "a la utilidad está reducido el contrato".

Manuel Anzoátegui, en su magnífica obra sobre la codificación en Argentina, observa que incluso las tesis doctorales de la época eran iniciadas por el principio utilitarista, incluso la de Ignacio Martínez, cuya tesis doctoral era "La utilidad sobre los contratos en general", 1827, era enteramente basada en el principio de utilidad.

Manuel Belgrano, nuestro ilustre abogado nacido en Salamanca, era partidario del utilitarismo económico<sup>44</sup>. Sostenedor de la doctrina de Bentham, son muchísimos sus escritos económicos y utilitaristas publicados en el Boletín de Comercio de Buenos Aires en aquellos tiempos.

Vélez Sársfield, autor del Código Civil, recibió estas influencias. Fue designado profesor de economía en la Universidad de Buenos Aires, por disposición de Rivadavia, y textos preferidos eran los de Stuart Mill. En aquellos tiempos la propiedad inmobiliaria era el centro de atención de la mirada económica. Vélez dice entonces, que fundamenta la creación por ley de los derechos reales a la protección de la propiedad y en la necesidad de evitar su desmejoramiento (nota 2502), y que siendo la locación un sistema

que no mejora la cosa hay que limitar su plazo (nota art. 1505), o criticando el derecho de superficie y la enfiteusis por sus efectos económicos adversos (nota art. 2503), o al impugnar la sustitución fideicomisaria por un "obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza" (nota art. 3724).

También tuvo importancia la escuela histórica, que revalorizaba lo nacional y el romanticismo, pero que terminó alimentando el modelo anglosajón. Ellos consideraban lo nacional, por oposición a lo español que era foráneo y valoraban la constitución de Estados Unidos en virtud de que habían creado instituciones originales.

A mediados de siglo, en 1856, Alberdi en sus conocidas "Bases", criticaba la Constitución de 1826 porque se había basado en la imitación y no en la observación, desatendiendo las necesidades económicas de la República. Decía que el derecho constitucional de la América del Sud está en oposición con su progreso material y económico, y que el Derecho Civil debía favorecer la industria y el comercio, simplificando las formas, los requisitos y el sistema probatorio en materia inmobiliaria porque ello traería "beneficio económico".

De ahí que la carta constitucional es evidentemente anglosajona, ya que exhibe una influencia norteamericana importantísima, al punto tal que se dice que ha sido su copia<sup>45</sup>.

La influencia norteamericana como modelo de organización política es innegable. Así lo señaló Gorostiaga, principal redactor de la Constitución<sup>46</sup>.

Sarmiento<sup>47</sup> decía no sólo que era el modelo constitucional, sino que la doctrina de los autores norteamericanos podían ser alegados en juicio y adoptados como interpretación auténtica.

Colmo, en 1920 se quejaba de nuestros juristas que "persisten en los criterios romanistas y medievales de una tradición que pesa como una lápida... Pareciera que los romanos - o Pothier hubiesen dicho la palabra definitiva...". Afirmaba que "por temperamento repudio en la ciencia cuanto no sea objetividad...", y que "el buen derecho, el derecho, ha de tener en

cuenta los sentimientos colectivos, las enseñanzas de la economía, las prácticas en uso, las características locales, el ejemplo extraño, los mismos postulados de la filosofía, para que efectivamente sea derecho"<sup>48</sup>.

En temas importantes nuestra Corte Suprema ha resuelto conforme lo señala la doctrina anglosajona, chocando con los principios jurídicos tradicionales de base francesa. Por ejemplo ha aplicado la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos en materia de libertad de prensa<sup>49</sup>; rescisión de contratos de concesión<sup>50</sup>, en materia de indexación<sup>51</sup>, emergencia económica<sup>52</sup>, y muchísimos otros. Es probable que nuevos cambios en composición de la Corte, alteren esa hegemonía, pero el dualismo permanecerá.

### 3. La transición europea

Ya Sarmiento hizo referencia al problema cultural, cuando refería el desdén con que en la Universidad de Córdoba se trataba a la obra de Bentham difundida en la Universidad de Buenos Aires, por Pedro Somellera<sup>53</sup>.

Pero el gran cambio se produjo con la inmigración europea, que transformó al país, cuando ya teníamos Constitución y Código Civil.

Por esta razón la legislación de derecho privado es de raigambre europea. Por ejemplo, el derecho laboral, es obra de los juristas inmigrantes, tales como Deveali, Krotoschin, y la ley 20.744 sigue al derecho europeo, y las reformas, específicamente al derecho español. El derecho comercial es fundamentalmente de inspiración italiana. El derecho civil tuvo siempre una importante influencia francesa.

### 4. Eclecticismo y tensión

En nuestros tiempos se vive una gran tensión cultural: la corriente anglosajona vs. la continental-europea.

El planteo no es el rechazo total o la negativa a considerar argumentos ajenos.

Este problema también existió en el siglo XIX, y Vélez Sársfield lo resolvió con practicidad y eclecticismo, dignos de recordar. Se valió del Código Civil francés, de Aubry y

Rau, de Demolombe, pero también de Blackstone. Utilizó obras europeas y de Estados Unidos, pero también recurrió a los latinoamericanos Freitas y a Bello.

No hubiera subsistido sin esa mixtura.

## VIII. Competencia legislativa en mercados integrados

En la medida en que el legislador imputa a la empresa alguna externalidad, ello le produce costos: los daños al medio ambiente, al consumidor, a los trabajadores, a los proveedores, a los otorgantes de créditos, a otros empresarios, pueden o no ser imputados a la empresa. Las empresas tienden a maximizar sus beneficios, por lo que irán donde les resulte más barato desarrollarse. Consecuentemente, la libre circulación provocará fuertes oscilaciones en el mercado en atención a las distintas regulaciones. Las empresas producirán donde la mano de obra o los servicios eléctricos sean más baratos y venderán donde los controles sean menores.

Donde haya mayor costo habrá menor actividad empresarial.

Por ello se postula que hay que corregir las denominadas "asimetrías", para evitar las distorsiones. Por ello es que normalmente se considera que en los tratados de mercado común, la armonización legislativa es mínima y sólo se limita a suprimir las diferencias que impidan o bien obstaculicen la libre circulación<sup>54</sup>.

El Tratado para la Constitución de un Mercado Común del Sur propone la libre circulación interna de personas, bienes y servicios, y la protección interna y la coordinación de políticas económicas. No implica sino una integración mínima que apunta a la desregulación interna y al proteccionismo externo para poder actuar en un mundo de grandes espacios económicos<sup>55</sup>.

Este fenómeno producirá un impacto relevante en las legislaciones nacionales, principalmente en los Códigos.

(No se trata de que serán derogados, sino de que serán ignorados en virtud de la sanción

leyes especiales que se adecuen al intercambio flexible. Habrá una tendencia muy alta de tendencia a la baja en el proteccionismo. Los países compiten entre sí para ver quién ofrece la legislación más barata a fin de solucionar sus problemas de desarrollo y empleo.

## IX. La fractura del Derecho Civil

### 1. El Derecho Civil, de la persona, de la empresa y del consumidor

Es habitual que el Código organice su material legislativo en función de objetos de regulación: las personas, las relaciones familiares, las obligaciones, los derechos reales, las sucesiones. También existen normas sobre prescripción de derechos.

Es habitual que el libro sobre las personas refiera a aspectos estáticos, relativos a su configuración como sujeto de derecho: nacimiento y fin de las personas, capacidad.

De esta concepción estática se pasa progresivamente a una dinámica, a un "derecho de la persona", comprensiva de la identificación, de la identidad personal, de la integridad familiar, de los derechos personalísimos.

Se trasciende a la persona como sujeto de derechos, para comprender el diseño de lo que nosotros llamamos una "esfera de la individualidad personal". No se trata sólo de la identidad, sino de establecer un margen de competencias propias de la persona, ante la cual debe tenerse toda injerencia y en establecer un ámbito para su desarrollo. Esta es la problemática que plantean el derecho a rehusar tratamientos médicos, el derecho a la privacidad, o el derecho al medio ambiente, etc.

Al derecho de la persona física se le sumó el de la persona jurídica. Ahora se le suma la regulación de los grupos, como ocurre con la fundación, el comité y la asociación en el Código Civil peruano. El grupo tiene intereses propios, y se le reconocen acciones para defenderlos.

El derecho de la persona, físicas o jurídicas, y de los grupos, asume el rol de "garantías" consagradas en defensa de los individuos, vinculando así el derecho civil con el constitucional.

El derecho patrimonial sufre una crisis en su división tradicional. La distinción decimonónica entre Derecho Civil y Comercial se diluye progresivamente, para transformarse en un derecho patrimonial unificado.

Este derecho patrimonial unificado a su vez se escinde progresivamente en varias áreas. Como hemos visto hay un microsistema de la empresa, que regula fundamentalmente la actividad económica discrecional; un derecho de protección del consumidor, que atiende a las relaciones empresa-consumidor, y un Derecho Civil, que se concentra en las relaciones entre los particulares.

El problema fundamental que se advierte es la profunda desconexión que existe entre todos estos microsistemas. Cada uno crece y se desarrolla con una gran autonomía como hemos visto.

Este fenómeno de independización se refiere al Código, ya que es evidente también que se asiste a una nueva sistematización, en la que la norma de derecho privado "ordenadora", se instala en un nivel superior, como intentaremos demostrarlo en un trabajo posterior.

Seguidamente mostraremos otra fractura que nos parece de relevancia.

### 2. El acceso a los bienes y la exclusión del derecho privado

El Código se pensó para todos los ciudadanos. Pero es claro que existe una gran cantidad de ellos que nos gozan de los beneficios que el derecho privado concede al individuo: por el contrario, la legislación "oficial" se aplica a un sector de la comunidad. El Código Civil brasileño, por ejemplo, es poco conocido para los sesenta millones de personas que se estima que viven por debajo del nivel de pobreza; el ciudadano pobre de Estados Unidos que vive marginado en la gran ciudad,

poco tiene que decir del *commercial code*, o de la *consumer law*.

Este es un nuevo problema que ocupa al derecho privado. El sistema económico ha ido expulsando grupos humanos importantes y la legislación no ha dado respuestas precisas para ellos.

Habrà una legislación para los que tienen trabajo y otra, distinta, para los que no lo tienen. Una legislación para los consumidores y otra para los "sub-consumidores". Si se tiene en cuenta que un 50% del parque automotor está asegurado y el resto no tiene seguro, la reparación integral se aplica sólo al primer grupo.

El problema del "acceso" al derecho privado es central. El acceso a la propiedad, a la justicia, al consumo, al trabajo, son aspectos relevantes que ocupan y ocuparán cada vez más a nuestros civilistas.

La eficacia del derecho privado se juega en este tema.

## Notas

- 1 WIEACKER, Franz. "Historia del Derecho privado de la Edad Moderna", ps. 197 Y sigtes., Madrid, 1957.
- 2 BELLO, Andrés, "Codificación del Derecho Civil", en Escritos jurídicos político y universitarios, p. 59, Ed. Edeval, Valparaíso, 1979.
- 3 MASSINI, Carlos "La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- 4 CAUMONT, Arturo-STIPANICIC, Emma, "Aplicación del concepto de poder normativo negocial fuera del área del Derecho Civil. De las obligaciones y de los contratos". Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXIII, 1993, p. 509.
- 5 CONDE DE CABARRUS, "Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública", Vitoria, 1808 citado por Tau Anzoátegui, Víctor, "La codificación en Argentina", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho, Ricardo Levene, 1977.
- 6 Una indagación de este tipo realiza IRTI, Natalino, "La edad de la descodificación", Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- 7 BUSNELLI, Francesco, "El Derecho Civil entre el Código y leyes especiales", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Ed. Reus.
- 8 WITTEGENSTEIN, Ludwig, "Investigaciones filosóficas", trad. A. Suárez-Moulines, Ed. Crítica, Barcelona, 1988.

9 Ejemplo claro de ello es la convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional y los proyectos de reforma al Código Civil desde 1987 en adelante. Sobre este tema conf.: GARRO, Alejandro-ZUPPI, Alberto, "Compraventa internacional de mercaderías", Ed. La Rocca, 1990.

10 Sobre la discusión conf. TUNC, André, "The Uniform Law on the international sale of goods: a reply to professor Nadelmann", Yale Law Journal, 1964-65.

11 Sobre este tema ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las garantías a primera demanda", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, n° 2, p. 93; ALEGRIA, Héctor, "Las garantías autoliquidables", rev. ídem, p. 175.

12 PELLEGRINI GRINOVER, Ada-BENJAMIN, Antonio Herman-FINK, Daniel-BRITO FILOMENO, José Geraldo-WATANABE, Kazuo-NERY JUNIOR, Nelson-DENARI, Zelmo, "Código Brasileiro de defesa do consumidor", p. 11, Ed. For Univ., 3ª ed., 1993. En Brasil, la base constitucional surge del art. 48 que señala que debe dictarse por el Congreso un Código de Defensa del Consumidor. Cuentan los autores citados que esa disposición la introdujo el lobby empresario, pensando que sería más dificultoso hacer un "código" que una ley, y que además habría garantías formales de trámite legislativo complejo.

13 BENJAMIN, Antonio, "Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor", en Rev. Direito do consumidor, Rev. dos Tribunais, São Paulo, n° 3.

14 Entre muchos ver: CAPPELLETTI, Mauro, "Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo", Ed. Porrúa SA, México, 1993.

15 Conf.: ACOSTA ESTEVEZ, José, "La protección de los consumidores en la comunidad europea", Prom. y Publ. Univ. S. A. Barcelona, 1990.

16 Por ej.: STIGLITZ, Rubén, "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro", Ed. Abeledo, Perrot, Buenos Aires, 1994.

17 Hemos profundizado en estos temas en "El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica", LA LEY, 1993-D, 1140.

18 Hemos tratado este enfoque en "La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo", Ed. Abeledo-Perrot, 1993.

19 Hemos referido este tema en "Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en Derecho argentino", en el "Derecho de daños", en Homenaje a Félix Trigo Represas, Dir.: Aída Kemelmajer de Carlucci, coord.: Carlos Parellada, p. 339, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993.

20 VON WRIGHT, G., "Norma y acción", Madrid, 1970.

21 IRTI, Natalino, "La edad ...", cit., p. 56.

22 Sobre estos temas sensibles y la dificultad inherente a ellos conf. DWORKIN, Ronald, "Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom", A. Knopf, New York, 1993.

ARCELLONA, Pietro-CANTARO, Antonio, "El derecho social entre crisis y reestructuración, pub. en Derecho y Economía en el Estado Social", p. 64, Ed. Bosch, 1988.

ALBRAITH, John K., "La cultura de la satisfacción", Mécé, 1992.

ALCO, Umberto-COLOMBO, Furio-ALBERIONI, Francesco-SACCO, Giuseppe, "La nueva edad media", Alianza, 1984.

El mismo problema tuvieron los animales de la selva cuando quisieron elegir a la reina de la belleza: el león dijo debía elegirse a la que tuviera mayor melena y mejor pelo; la jirafa a la que tuviera el cuello más alto; la cebrera a la que tuviera más rayas; el pájaro a la que supiera volar alto. No pudieron acordar un criterio único y no hubo concurso.

ALTI, Natalino, "La società civile-elementi per un análisis del diritto privato", Ed. Giuffrè, 1992.

ALPERT, Georges, en "Crisi del Diritto", p. 9, Padova, ; DE LOS MOZOS, José Luis, "Derecho Civil-México, Sistemas y categorías jurídicas", Ed. Civitas, 1988.

Esta tesis fue manifestada por A. Alterini, seu conferencia "Curso de Derecho de Daños, Universidad Nacional Mar del Plata, 1993.

ALLEN, Peter, "Las teorías del contrato social como fundamentos de justificación de las instituciones políticas", en KERN, Lucian-MULLER, Hans Peter, "La teoría del contrato: discurso o mercado? - Los nuevos enfoques de la teoría contractualista", Ed. Gedisa, Barcelona, 1992; IRTI, Natalino, "La edad de la decodificación", p. 31.

ALTI, Natalino, "La edad...", cit., p. 99.

ALTI, Natalino, "Introducción al análisis del derecho", t. 4, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

ALTI, Natalino, "Instituciones de Derecho Civil", t. I, 27, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

ALTI, Natalino, "La edad...", cit., p. 33.

ALTI, Natalino, op. y t. cit., p. 341.

CASTAN TOBEÑAS, José, "Los derechos del consumidor", ps. 118 y sigtes., Ed. Reus S. A., 4ª ed., 1992.

Sobre este tema conf. DE CASTRO, Federico, "La responsabilidad jurídica", p. 236, Ed. Civitas, Madrid, 1991; DE LOS MOZOS, José Luis, op. cit., p. 243.

GALGAGNO, Francesco, "El negocio jurídico", Vitoria, 1992, prólogo.

En Argentina se ha difundido esta idea a través de un artículo de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La mora

del deudor y la concepción dinámica del patrimonio", LA LEY, 1977-D, 481.

40 Palabras de Jorge Mosset Iturraspe en su conferencia en el Congreso Internacional del Consumidor, Buenos Aires, 1993.

41 BETTI, Emilio, "La interpretación de la ley y los actos jurídicos", Rev. de Derecho Privado, 1975.

42 TAU ANZOATEGUI, Víctor, "La codificación en Argentina", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho, Ricardo Levene, 1977, p. 96.

43 SOMELLERA, Pedro, "Principios de Derecho Civil" (curso dictado en la Universidad de Buenos Aires, en el año 1824, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1939).

44 BELGRANO, Manuel, "Escritos económicos", Hispamerica, 1988.

45 Ver SAMPAY, Arturo, "Las Constituciones de la Argentina", 1810-1972, p. 63, Eut. I, 1975.

46 VANOSSI, Jorge, "La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina", p. 25, Buenos Aires, 1975.

47 "Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina".

48 COLMO, "Tratado teórico práctico de las Obligaciones en el Derecho Civil argentino-De las obligaciones en general", Ed. Jesús Menéndez, Prólogo, Buenos Aires, 1920.

49 Sobre el problema del derecho americano y las decisiones de la Corte en materia de libertad de prensa, ver PIZARRO, Daniel, Daños derivados de la publicación de una sentencia por la prensa", JA del 29.12.93; y SAUX, Edgardo, "Libertad de prensa: una perceptible reasunción de criterios aperturistas en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", JA del 27.4.94.

50 Automotores Saavedra c. Fiat Argentina S. A., LA LEY, 1989-B, 4.

51 "YPF c. Corrientes", LA LEY, 1992-B, 216.

52 "Peralta, Luis c. Gobierno nacional", LA LEY, 1991-C, 159.

53 SARMIENTO, Faustino, "Facundo", 78.

54 CATALANO, Nicola, "Manual de Derecho de las Comunidades Europeas", 1966.

55 Conf. considerandos y art. 1, según ley 23.981.