

RICARDO
LUIS
LORENZETTI

RICARDO LUIS LORENZETTI

TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- Derechos humanos
- Arbitrariedad de sentencias
- Consecuencias de las decisiones
- Paradigmas de decisión
- Paradigma ambiental

Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho



347,91 LOR
111307
2008



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**



RICARDO LUIS LORENZETTI

**TEORÍA DE LA
DECISIÓN JUDICIAL**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RUBINZAL - CUIZONI EDITORES

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

Lorenzetti, Ricardo Luis
Teoría de la decisión judicial : fundamentos de
derecho : 1ª ed. 1ª reimp. - Santa Fe : Rubinzal-
Culzoni, 2008
512 p. ; 23 x 16 cm
ISBN 978-950-727-721-4
1. Derecho Privado - I. Título
CDD 346

A mis hijos:
PABLO, FRANCO y LUCÍA

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.
Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

CAPÍTULO I

EL FENÓMENO DE LA DESCODIFICACIÓN

I. La era del orden y la del desorden

1) *Derecho Público y Privado: esferas comunicadas*

Hubo una "era del orden", en la que el ámbito del Derecho Público estaba perfectamente diferenciado del que le incumbía al Derecho Privado, de modo tal que se pudo desarrollar una dogmática basada en las esferas independientes. Las fuentes eran autónomas y únicas: el Derecho Público estaba tratado en la Constitución y el Derecho Privado en los Códigos Civil y Comercial. Las esferas contenían presupuestos claros, principios autónomos, y autosuficiencia, de modo que no se necesitaban recíprocamente.

En la actualidad existe evidencia suficiente de un cierto desorden en la frontera entre ambas, la que se ha tomado móvil, en algunos casos confusa, y en numerosos supuestos atravesada por problemas y principios que establecen un nuevo sistema de comunicación entre lo público y lo privado.

La razón fundamental para que ello ocurra reside en que hubo cambios en los presupuestos que dieron origen a la separación entre Derecho Público y Privado, lo cual puede constatarse mediante una brevísima descripción:

"*Imperium*" e *ignitudo*: un elemento esencial se basa en que el Estado es fuerte, está dotado de imperio, sus decisiones son inatacables; en cambio, en el Derecho Privado hay dos sujetos en paridad que tienen relaciones horizontales. Sin embargo, actualmente nadie niega que en el plano privado hay desigualdades entre los individuos, tal vez mucho más relevantes que las que antes existieron respecto del Estado. Por ello es que aparece cada vez con más fuerza la norma imperativa en el Derecho Privado, que se impone a los particulares

en asuntos sensibles al interés público¹. En el campo de la actividad pública internacional encontramos a un Estado que en muchos casos actúa en paridad o inferioridad respecto de otros sujetos, principalmente en la economía globalizada. En los asuntos internos, el Estado aparece como un mediador entre intereses sectoriales contrapuestos y las soluciones que dispone no son por imperio, sino por consenso.

Ley y contrato: otro elemento identifica a la ley como característica del ámbito público y al contrato como propio del ámbito privado. Sin embargo, las decisiones públicas surgen de negociaciones que se hacen en mucho a un contrato, y son analizadas con criterios de base contractualista. Lo inverso ocurre en el orden privado, en el que se observa un incremento de la regulación heterónoma de conductas con base en el orden público.

Justicia distributiva y comutativa: ha sido tradicional considerar que en el ámbito público rige la justicia distributiva, para el reparto de honores y gravámenes, dando a cada uno lo que le corresponde, según situaciones objetivas como el mérito o el trabajo, mientras que en el Derecho Privado rige la justicia conmutativa, que regula el intercambio, y que busca que el valor de las cosas intercambiadas sea equivalente. Sin embargo, se puede reconocer que en el Derecho Privado comienza a percibirse el efecto distributivo de las normas jurídicas y cómo ello gravita en las decisiones². En el *Corpus Iuris (Digesto, I, I, 1, 2)* se define al Derecho Privado como *quod ad singulorum utilitatem*, como lo que atañe a la utilidad del individuo. Hoy no es posible pensar que el único criterio del que se vale el Derecho Privado es la utilidad del individuo.

Fuentes autónomas: otro elemento distintivo ha sido la autonomía de fuentes. En el Derecho Público predomina la Constitución, mientras que en el Privado rigen los Códigos Civil y Comercial. El Derecho Privado está tratado en la Constitución y el movimiento de derechos

¹ Los ejemplos de normas imperativas son numerosos y en todos los campos fundadas tanto en la dirección económica, en la protección de los individuos, como en la coordinación de las acciones privadas.

² Por ejemplo, la imputación de responsabilidad civil se basa en criterios de fraccionamiento y difusión de costos, claramente distributivos. Sobre consecuencia-lismo ver Tercera Parte, Capítulo III y Cuarta Parte, Capítulo IV.

humanos ha influido notablemente para que la relación sea muy estrecha: la mayoría de los casos se solucionan con referencias constitucionales. El Derecho Público ha incorporado elementos insipratistas, como ocurre con los servicios públicos ofrecidos a los consumidores, los contratos administrativos, la tipificación de delitos económicos, etcétera.

Este fenómeno conlleva un pluralismo de fuentes muy complejo, en el que se relacionan las fuentes tradicionales del Derecho Público con las del Privado.

2) Situación actual del Derecho Público

El Derecho Público ha recibido cambios importantísimos, muchos de ellos vinculados a un diálogo continuo con la sociedad y el Derecho Privado, a los que haremos mención en distintas partes de este libro.

En el campo de la Constitución:

- El estatuto del poder está mudando en lo que respecta a los controles a las decisiones de las mayorías, la noción de democracia intermedia permanente que permite la actuación ciudadana continua, y la acentuación de los controles que ejerce el Poder Judicial a través de la reducción de las cuestiones no judiciales³.
- El estatuto del ciudadano ha recibido el aporte de los derechos fundamentales que han revolucionado los textos constitucionales⁴.
- La interpretación constitucional y el sistema de fuentes se han transformado en un tema de primerísimo orden⁵.
- La textura de la norma constitucional está siendo reinterpretada en relación al multiculturalismo y la diversidad⁶.

El Derecho Administrativo está asistiendo a una mudanza relevante en su sistema de fuentes debido a la incorporación de los tratados de

³ Ver Cuarta Parte, Capítulo V. SESÍN, Domingo Juan, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

⁴ Sobre derechos fundamentales ver Segunda Parte, Capítulo III.

⁵ Sobre fuentes ver Segunda Parte, Capítulo II.

⁶ MULLER, Friedrich, *¿Quién es o povo? A questão fundamental da democracia*, trad. de Peter Naumann, Max Limonad, São Paulo, 1998.

derechos humanos⁷. También se asiste a un relacionamiento cada vez más estrecho con las nociones insufragatistas, en campos como los contratos administrativos, el empleo público o los servicios privatizados.

Es imposible reseñar todos los cambios, pero lo dicho es suficiente como para advertir la naturaleza de los problemas que se enfrentan en este sector.

3) *Descodificación del Derecho Privado*

Antes de los Códigos decimonónicos había recopilaciones. Estas pretendían reproducir el Derecho, sin modificarlo; sólo desarrollarlo y mejorarlo, en un *continuum* histórico. Las obras legislativas totalizadoras eran inventarios de lo dado, como las de Indias, o una selección de textos escogidos, como los Digestos, o un espejo de lo existente (*Swabspiegel*).

En cambio, el Código no fue una continuidad, ya que fue pensado como una ruptura. Pretendía crear una nueva regulación, sustituitiva; no recopilaba, sino que ordenaba basándose en la racionalidad⁸. Tenía un carácter constituyente del Derecho Privado.

La recopilación generaba inseguridad porque no se sabía si tal o cual disposición estaba vigente. El Código era seguridad, ya que se traducía en una secuencia temática ordenada de artículos. La inmutabilidad era una de las características esenciales; no se podía 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"⁹.

⁷ SALOMONI, Jorge, *Acerca del fallo "Simón" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en L. L. del 4-8-2005. Ampliamente en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, *Parte general*, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003.

⁸ WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957, ps. 197 y ss.; DEZ-PICAZO, Luis, *Codificación, descodificación y recodificación*, en A. D. C. 1992-II, ps. 473 y ss.

⁹ BELLO, Andrés, *Codificación del Derecho Civil*, en *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, Edeval, Valparaiso, 1979, p. 59.

En la recopilación no hay una norma fundante; los principios debían rastrearse en la maraña legislativa. En cambio, en el Código, el modelo era deductivo¹⁰, generando una ciencia demostrativa, basada en axiomas que había que hacer evidentes en el caso concreto. El sistema descodificado, en cambio, se basa en un orden distinto, cronológico y causalístico, donde no gravitan los enunciados generales y abstractos.

El intérprete tenía una enorme tarea y era el gran protagonista. El Código, en cambio, recortó el espacio de la interpretación jurídica, la cual se limitaba exclusivamente a la ley, y devino en exégesis.

El Derecho Civil codificado era autosuficiente, no necesitaba de otros textos para solucionar las disputas. Al tener una parte general ordenada, exportaba instituciones y técnicas. Así sucedió, por ejemplo, con el negocio jurídico que se pretendía aplicable al Derecho de Familia, al Administrativo, al Laboral¹¹.

En cambio, la recopilación era insular, estaba alejada de los contextos. Al contrario del Código, importaba conocimientos y situaciones de otros territorios, también insulares. Su carácter casi portuario le permitía 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, por un lado, que tenemos un Código Civil, y por tanto un Derecho codificado. Pero también podríamos asumir aquella afirmación que hiciera el Conde de Carrabus (siglo XIX): "He recorrido con espanto aquella mole inmensa e incoherente de teocracia, republicanism, despotismo militar, anarquía feudal, de errores antiguos y de extravagancias modernas, aquella mole de treinta y seis mil leyes con sus formidables comentaristas"¹².

¹⁰ MASSINI, Carlos, *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

¹¹ Ampliamos en *Tratado de los contratos. Parte general* cit., CAUMONT, Arturo y STIPANIC, Emma, *Aplicación del concepto de poder normativo negocial fuera del área del Derecho Civil*. De las obligaciones y de los contratos, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXIII, 1993, p. 509.

¹² CONDE DE CABARRUS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, Victoria, 1808, citado por TAU

RICARDO LUIS LORENZETTI

El volumen actual de leyes, decretos, tratados, supera toda posibilidad de conocimiento del ciudadano común: el Código ya no abarca todas las situaciones, la legislación especial ya no es una ratificación de axiomas codificados, sino que muchas veces intenta derogarlos. Es difícil establecer un orden, y más aún mantener principios irrefutables de base racional.

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

¿Asistimos a una era de descodificación? Examinaremos este problema con un criterio amplio, no reducido a la dogmática o a los conflictos intralegislativos¹³, para presentar el fenómeno en su globalidad. El problema no sólo abarca a la ley codificada, sino al sistema como tal, ya que en todas las fuentes se verifica esta división en segmentos cada vez más específicos.

4) *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 de forma igualitaria; una sola norma aplicable para todos los ciudadanos por igual, sean ciudadanos o extranjeros (art. 1º, Cód. Civ. 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 su nota, Cód. Civ. argentino).

ANZOATEGUI, Víctor, *La codificación en Argentina*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene", Buenos Aires, 1977.

¹³ Una indagación de este tipo realiza IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992. Más ampliamente en FACHIN, Luiz Edson, *Transformações do Direito Civil contemporâneo*, en *Diálogos sobre Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 41. Del mismo autor, *Teoría crítica do Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

Finalmente, el Código fue la expresión de un orden racional que se propuso trascender todos los tiempos y latitudes.

El Derecho Civil actual no se basa en una sola ley codificada, ya que convive con 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, que comparte su vida con otros códigos, con micro-sistemas jurídicos, y con subsistemas, ha perdido centralidad, la que se desplaza progresivamente¹⁴. Las bases axiomáticas para el razonamiento legal están situadas en un sistema que excede al Código y que debe ser desentrañado por el intérprete mediante un proceso de identificación de fuentes y de normas fundamentales.

La explosión produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario¹⁵. 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 Wittgenstein¹⁶, aplicada 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 sólo se va de vez en cuando a contemplar las reliquias históricas.

¹⁴ BUSNELLI, Francesco, *El Derecho Civil entre el Código y leyes especiales*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid.

¹⁵ Sobre este tema en general ver la obra de HARVEY, David, *"La condición de la posmodernidad"*. *Investigación sobre los orígenes del cambio cultural*, Amorrortu, Buenos Aires, 1998. El autor cita a Yeats, quien escribió: "Las cosas se fragmentan; el centro no sujeta; la pura anarquía recorre el mundo".

¹⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de A. Suares-Moulines, Crítica, Barcelona, 1988.

II. El surgimiento de los microsistemas

El Código pensado como totalidad se enfrenta a la aparición de los microsistemas caracterizados por normas con un alto grado de autonomía, ya que presentan propias fuentes, sus leyes, reglamentos, interpretación, congresos científicos, con una especificidad que se acerca hasta constituirse en subsistemas autorregulados.

En algunos casos se trata de normas generales que se han fraccionado gradualmente hasta alejarse de un modo tal que parecieran desprenderse, como ocurre con el Derecho de la empresa, del consumidor o incluso de la responsabilidad civil o de los contratos.

En otros se trata de problemas nuevos que generan sus propias regulaciones, que atraviesan transversalmente al sistema, como sucede con la cuestión ambiental o con la actividad jurídica en el mundo digital.

El problema que plantean es agudo en materia de fuentes, de aplicación y de interpretación de la ley, porque en muchos casos estos microsistemas se apartan del Código, creando sus propias reglas. Describiremos algunos ejemplos.

1) *El microsistema de la empresa*

Sin demasiado asombro hemos asistido a la desintegración del Código de Comercio decimonónico: la materia más importante está regulada por leyes especiales¹⁷, 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, Aduanero o Impositivo. Cada especialidad va adquiriendo su propia dificultad, y es casi una osadía intelectual hablar de un Derecho Comercial totalizador.

¹⁷ Basta mencionar las leyes de quiebras, sociedades, navegación, patentes, cooperativas, transferencia de tecnología, inversiones extranjeras, competencia, abastecimiento, lealtad comercial, títulos valores, contrato de seguro, actividades financieras, bolsas, martilleros, productores y asesores de seguros, compraventa internacional, instrumentos de medición, casas de cambio, transferencia de fondos de comercio, y muchas otras.

Además tiene sus propias fuentes de creación normativa. La costumbre internacional es determinante a la hora de la redacción de los tratados¹⁸, y a través de ellos penetra en los Derechos internos promoviendo fricciones "culturales"¹⁹. También la costumbre se impone a través de la propia actividad transaccional: 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 autoliquidables²⁰.

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 modificadas sustancialmente.

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

¹⁸ 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 cfr.: GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990. Ampliamos en *Tratado de los contratos*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. I.

¹⁹ Sobre la discusión cfr.: TUNIC, Andrés, *The Uniform Law on the international sale of goods: a reply to professor Nadelmann*, en *Yale Law Journal*, 1964-65.

²⁰ Sobre este tema ampliamos en *Tratado de los contratos* cit., 2000, t. III. También ver: KEMELMAIER DE CARLUCCI, Aída, *Las garantías a primera demanda*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, Nº 2, p. 93; ALBGRÍA, Héctor, *Las garantías "autoliquidables"*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, Nº 2, p. 149.

En la parte referida a las instituciones desarrollaremos este tema más extensamente.

2) *Microsistema de protección del consumidor*

El Derecho del Consumidor ha mostrado una fortaleza expansiva y nadie duda de su autonomía: tiene fuente constitucional, legislación especial, órganos de aplicación cada vez más especializados, doctrina y principios particulares. Existe una clara autonomía ya que la base de sustentación del sistema es el principio protectorio de base consuetudinaria²¹, lo que significa un estatuto protectorio de las personas vulnerables, apartándose así de la igualdad general basada en la noción de "ciudadano", que fundó el nacimiento de los Códigos Civiles.

Esta aparición no muestra un Derecho especial que resulta una adaptación de una regla general, sino, por el contrario, un torrente de normas que adaptan, modifican, crean, reformulan, lo existente, tanto en el sistema de fuentes como en el de reglas y principios.

En materia de fuentes es necesario definir con claridad el sistema que adopta cada país, porque hay relaciones intrasistémicas diferentes, a saber:

1. En aquellos casos en que la norma consumerista es prevista como una ley especial de excepción se aplica el Código Civil en todo lo no regulado (Uruguay²², Paraguay).

²¹ Ampliamos en *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003. PELLEGRINI GRINOVER, Ada; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel; BRITO FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson y DENARI, Zelmo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., Forense Universitária, São Paulo, 1993, p. 11. BENJAMIN, Antônio, *Crises de consumo no Código de Defesa do Consumidor*, en *Rev. Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, São Paulo, Nº 3. Entre muchos ver: CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa, México, 1993; ACOSTA ESTÉVEZ, José, *La protección de los consumidores en la Comunidad Europea*, Prom. y Publ. Univ., Barcelona, 1990; STIGLITZ, Rubén, *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

²² La ley uruguayaya (Nº 17.189) dice: Artículo 1º. La presente ley es de orden público y tiene por objeto regular las relaciones de consumo, incluidas las situaciones contempladas en el inciso segundo del artículo 4º de la presente ley. En todo lo no previsto en la presente ley, será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil.

2. En otros casos, las normas conforman un microsistema completamente autónomo, con escasas relaciones (Brasil).

3. En otros, la norma general del Derecho común es influida por el Derecho del Consumidor que se incorpora al Código Civil, con lo cual la interpretación no se basa en la analogía, sino en un cambio de inspiración del propio Código (Código alemán).
4. En el caso de Argentina, la ley 24.240 es una ley especial de orden público, que cambia muchos aspectos del Código Civil, y por ello, la ley civil no es aplicable por analogía.

En el campo de las reglas y principios hay claros apartamientos, que podemos detallar de la siguiente manera:

1. *Regulación de la autonomía privada contractual*: el Derecho Civil regula los contratos subsidiariamente, dando primacía a la libertad, respetando la autonomía privada, ayudándola mediante el Derecho supletorio y recortándola a través del orden público imperativo. El Derecho del Consumidor, de naturaleza protectoria, concede preeminencia a la igualdad; es intervencionista.
2. *Nullidades*: en el Derecho Civil las nulidades son expresas y conducen a la frustración del negocio. En el Derecho del Consumidor hay "nulidades virtuales", y pretenden el mantenimiento del propósito práctico perseguido por los contratantes.
3. *Cláusulas abusivas*: el Derecho Civil, en resguardo de la libertad y la autonomía, protege lo pactado por las partes. El Derecho del Consumidor, en búsqueda de la igualdad, ejerce un control de las cláusulas, tanto en la incorporación como en el contenido, cuyo efecto es la ineficacia parcial por abusividad de la cláusula.
4. *Efecto relativo de los contratos*: el Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del 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 8078/90. Asimismo, se conceden acciones al consumidor, al usuario, a miembros del grupo fa-

militar, a las asociaciones de consumidores, que tampoco tienen vínculos convencionales previos.

5. *La responsabilidad precontractual*: el Derecho Civil establece que las partes son libres de negociar y de apartarse; protege la astucia comercial (*dolus bonus*), y sólo hay responsabilidad en casos excepcionales. En el Derecho del Consumidor hay una regulación del marketing: la publicidad, las prácticas comerciales precontractuales, lo que introduce una responsabilidad precontractual muy acentuada.

6. *El apartamiento intempestivo de las negociaciones*: el Derecho Civil tiende a considerar que el apartamiento abrupto de las negociaciones previas a un contrato es un supuesto de violación de la buena fe. El Derecho del Consumidor, en cambio, facilita el apartamiento del consumidor mediante el ejercicio del derecho de receso.

7. *El silencio*: en el Derecho Civil el silencio puede significar aceptación (art. 919, Cód. Civ.); en el Derecho del Consumidor normalmente sucede lo contrario, ya que las regulaciones son contrarias a deducir el consentimiento tácito del consumidor, exigiendo que sea expreso.

8. *La interpretación*: la interpretación del negocio jurídico contractual en el Derecho Civil intenta desentrañar la intención común; en el Derecho del Consumidor, en caso de duda, se interpreta a favor del consumidor.

3) *Daños: crisis de la unicidad de lo ilícito*

El Derecho de Daños se ha expandido fuera del Código, fundándose en la elaboración jurisprudencial y en las leyes especiales. Los escasos artículos que dedica el Código Civil a la responsabilidad civil no explican la explosión de litigios, las obras doctrinarias, y los 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, nexo 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, los de minería, el Código Aeronáutico, los daños nucleares, los actos discriminatorios, los accidentes de tránsito, los deportivos, el resarcimiento a los detenidos durante el proceso militar. 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.

Peribimos 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, lo que deteriora su potencial explicativo.

Creemos necesario emprender una tarea de "reconstrucción" teórica de la responsabilidad por daños²³. Ésta debe partir imprescindiblemente de los casos, de las responsabilidades especiales, para constatar cuánta heterogeneidad hay en ellas. Hecha esta tarea, hay que construir a partir de esos datos²⁴ una nueva "teoría general" capaz de comprender los diversos subsistemas.

²³ Hemos profundizado en estos temas en *El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?*, en L. L. del 14-10-93.

²⁴ Hemos realizado una tarea de este tipo en *Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el Derecho argentino, en Derecho de Daños, en homenaje a Félix Trigo Represas*, dir. por Aída Kemelmajer de Carlucci, coord. por Carlos Parellada, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 339.

4) *La cuestión ambiental como problema descodificante*

La temática ambiental es un ejemplo del surgimiento de regulaciones jurídicas transversales y descodificantes que van generando su propio microsistema regulatorio.

La cuestión ambiental es constitucional, pública y privada, abarca el Derecho Administrativo y el Civil, tiene reflejos importantísimos en el Derecho Económico, en la propiedad, en el Derecho Penal. Sus principios no apuntan a la adaptación, sino a la modificación, adoptando un carácter reestructurante del sistema.

Una prueba clara de ello es la pretensión de asimilar la cuestión ambiental dentro de la responsabilidad civil: la dificultad de identificación del responsable de la contaminación, como la presencia de casos de autores múltiples²⁵, oscurece a la legitimación pasiva; el régimen de causalidad es harto complejo, por las repercusiones mediatas de los problemas ambientales; la antijuridicidad invierte el principio tradicional de licitud general de la actividad empresarial²⁶. Pero por sobre todas las cosas, el ambiente no es un bien monetizable, y por lo tanto la responsabilidad civil es absolutamente secundaria: primero está la prevención, luego la recomposición, y finalmente el resarcimiento (art. 43, Const. Nac.).

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, mezclándose en un cóctel innovador y herético.

5) *El mundo digital y las categorías espaciotemporales*

El surgimiento de la era digital ha suscitado la necesidad de repensar importantes aspectos relativos a la organización social, la democracia, la tecnología, la privacidad, la libertad²⁷. El carácter abierto, inte-

²⁵ Ej.: contaminación a través de residuos cloacales o de automotores.

²⁶ En actividades potencialmente riesgosas se debe demostrar que no causará impacto ambiental (estudios de impacto ambiental), lo cual modifica el principio de inocencia (si se analiza el tema en términos de responsabilidad civil).

²⁷ Ampliamos en *Comercio electrónico*, LexisNexis Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

ractivo y global de Internet, sumado a los bajos costos de transacción que presenta como tecnología, producen un gran impacto en un amplio rango de cuestiones pertenecientes a la Sociología jurídica y, luego, en la dogmática: la noción de tiempo, espacio, frontera estatal, lugar, privacidad, bienes públicos, y otros que aparecen igualmente afectados.

El jurista sospecha que hay un terremoto que afecta el suelo sobre el cual está parado: si la norma se refiere al lugar o al tiempo y estas nociones cambian, puede producirse una suerte de derrumbe del andamiaje jurídico. Existe un nuevo espacio: el cibernético (ciberespacio), distinto del espacio físico, con una arquitectura caracterizada por su maleabilidad, puesto que cualquiera puede redefinir códigos e interacciones²⁸, lo que lo convierte en un objeto inasible y renuente a las reglas legales que toman en cuenta este elemento para decidir numerosos aspectos jurídicos. Esto afecta categorías analíticas, como la de original-copia, lector-autor, productor-consumidor, porque se dice que al cambiar el espacio cambian los roles, y el consumidor puede ser productor²⁹.

Es un espacio del anonimato, un no-lugar³⁰ por la despersonalización que presenta, donde el individuo ingresa sin que interese su historia individual, sus características, y donde prolifera el simulacro de las identidades. Es un "no-lugar-global" en el sentido de su transnacionalidad y atemporalidad, ya que pareciera indiferente a la historia y el futuro.

Es un espacio con todas las características de la posmodernidad, y fracturado en múltiples subterritorios caracterizados por la diferencia: clubes, grupos, subgrupos, reunidos alrededor de todo tipo de intereses hiperespecializados; dominios, subdominios, nacionales, educativos, comerciales, etcétera.

Es un espacio que pareciera no tener la característica esencial para definirse como tal; en la tradición se entiende al espacio como "constituyente de todos los objetos sensibles que existen"³¹, pero en este caso

²⁸ *Developments in the law of cyberspace*, en *Harvard Law Review*, vol. 112, N° 7, May 1999.

²⁹ Se ha afirmado incluso que el consumidor es productor porque interactúa "arma" su propio producto digital. Sobre este debate ampliamos en *Comercio electrónico* cit.

³⁰ AUGÉ, Marc, *Los no lugares-espacios del anonimato, una antropología de la sobremodernidad*, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 36.

³¹ Definición de la Real Academia Española.

no hay continente ni objetos sensibles. El espacio conocido tiene límites, lo que en Roma fue esencial para establecer una taxonomía e incluso un criterio de interpretación³², y que pareciera no existir en el espacio virtual: no reconoce límites geográficos porque no hay un río ni una montaña, ni estatales, porque ignora a los gobiernos. La segunda característica tampoco se da porque no hay un mundo empírico, sino virtual, que incluso ha sido definido como un espacio del saber, donde el ser humano se restringe al cerebro, a un sistema cognitivo que entra en contacto con otros cerebros, configurando un espacio basado en una tecnología intelectual, una comunidad pensante, y un mundo plural³³.

El tiempo virtual, al igual que el espacio, se divorció de las categorías comunitarias y naturales que configuraron al tiempo real. El día y la noche definieron el tiempo para el trabajo y el descanso, pero ahora se trabaja en lugares cerrados frente a computadoras sin prestar atención al día o la noche. No interesa la naturaleza pero tampoco la comunidad; si antes había horarios compartidos para determinadas actividades, ahora desaparecieron: en la familia, por ejemplo, uno trabaja, otro se divierte, otro pasea, otro compra, en el mismo horario, porque todo puede hacerse. La "desterritorialización" se ha hecho presente con todo su esplendor.

El Estado nacional está unido a la noción del territorio donde ejerce su jurisdicción, y la legislación estatal imperativa depende de este nexo. Si una tecnología permite entrar a la jurisdicción estatal sin pasar por las barreras establecidas para el espacio físico, estamos en problemas: a) Los individuos pueden contratar la venta o el uso de bienes bajo forma digital, hacer publicidad, transmitir mensajes de todo tipo, ignorando el sistema jurídico nacional aplicable al territorio donde viven; b) pueden violarse el régimen de importación o exportación, las aduanas, y los impuestos, con la compra de bienes digitalizados³⁴, no existen el *container* ni la *maleta*³⁵, que son los elementos

³² ECO, Umberto, *Los límites de la interpretación*, Lumen, Barcelona, 1992.

³³ LEVY, P., *El virtual*, trad. italiana, Milano, 1997, p. 9.

³⁴ Por ejemplo: cuando se "baja" un libro electrónico, o música, que ha sido editada en el extranjero, hay muchas dificultades para el control.

³⁵ GRECO, Marco Aurelio, *Internet e Diritto*, 2ª ed., Dialética, São Paulo, 2000.

que se toman en cuenta para el control; c) fenómenos vinculados al consumo, como el *download* de libros electrónicos, servicios de viajes, turismo, intermediación financiera, bancarios, software, consultoría, educación, prestaciones de salud, asesoramiento inmobiliario, pueden estar fuera del control del orden público; d) temas tan diversos como la prohibición del juego y de la pornografía, las barreras de entrada al mercado, enfrentan serios desafíos frente a la penetración del medio electrónico.

6) *Creación de un Derecho ad hoc: producción autónoma de reglas*

Otro dato de interés es la denominada "fuga del Derecho". En el ámbito internacional se asiste a los "contratos inmunizados", que prevén mecanismos que neutralizan la vía judicial; frente al incumplimiento se ponen en acción garantías y no acciones judiciales. Las garantías a primera demanda y los arbitrajes son muestras 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 son desplazados por la cesión de cuotas societarias, la constitución de fundaciones, las cuentas de ahorro, etcétera, que escapan al sistema tradicional.

La creación de redes contractuales y de mecanismos de sanciones, que condicionan y hasta impiden la acción judicial, también son un dato claro de este fenómeno.

El sistema codificado funcionó con reglas determinativas, de modo que los actores sociales sólo pueden hacer lo que suja de *combinarlas*³⁶.

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 seleccionan las partes y que le parecen convenientes³⁷. Mediante estos mecanismos, las reglas determinativas son diseñadas por las partes o por una de ellas, pretendiendo una suerte de privatización de la producción de normas.

³⁶ VON WRIGHT, G., *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.

³⁷ 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 para el "debido proceso", para tener una idea nítida del propósito.

